

MARCELA MAGALHÃES E CASTRO

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO:
ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

BRASÍLIA

2019

MARCELA MAGALHÃES E CASTRO

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO: ANÁLISE DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada para obtenção do título de
Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Profa. Dra. Christine Oliveira Peter
da Silva

Brasília, de de 2019.

Banca Examinadora

Dr.^a. Christine Oliveira Peter da Silva

Prof.^a. Orientadora

M.^a Betina Günther silva

Prof.^a. Examinadora

M. Rodrigo Pereira Mello

Prof. Examinador

RESUMO

O Estado de Direitos Fundamentais vem como modelo político que privilegia a garantia dos direitos fundamentais, tendo como essenciais à manutenção da democracia o equilíbrio entre os direitos à liberdade, igualdade e à dignidade da pessoa humana. O direito à liberdade vem como condição necessária ao pleno desenvolvimento do ser humano e é pressuposto dos demais direitos, devendo ser amplamente protegido. A liberdade de expressão, por consequência, é condição à autodeterminação do ser humano, bem como é essencial para o exercício da soberania popular, também elemento essencial de uma democracia. Com o advento do discurso do ódio nas civilizações contemporâneas tem-se discutido a possibilidade de um limite ao direito fundamental à liberdade de expressão. Diante disso, tem-se como objetivo desse trabalho discutir possíveis limites ao direito à liberdade de expressão diante do discurso do ódio em um Estado de Direitos Fundamentais, como é o Brasil. Para isso, se fez necessário o estudo da doutrina a respeito do assunto, tomando como base obra de Samantha Meyer-Pflug e artigo de Christine Peter, bem como a análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal para apresentar como o assunto tem sido tratado no âmbito jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Estado de Direito. Estado de Direitos Fundamentais. Liberdade de expressão. Discurso de ódio. Jurisprudência brasileira. Supremo Tribunal Federal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ - Parágrafo

Art. – Artigo

AP – Ação Penal

BA - Bahia

CF - Constituição Federal

DJe – Diário da Justiça eletrônico

Ed. – Edição

HC – *Habeas Corpus*

Min. - Ministro

N. – Número

Nº - Número

P. – Página

RJ – Rio de Janeiro

RS – Rio Grande do Sul

Sr. – Senhor

S. Exa. – Sua Excelência

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	9
1.1. DA SUPREMACIA DA LEI A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.....	14
1.2. DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES DE PODER A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE FUNÇÕES DE PODER	16
1.3. DA DOGMÁTICA JURÍDICO-SUBJETIVA A DOGMÁTICA JURÍDICO- OBJETIVA	19
1.4. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	22
2. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DISCURSO DO ÓDIO.....	30
2.1. DA LIBERDADE	30
2.2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO	33
2.2.1. LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	39
2.3. DISCURSO DO ÓDIO	41
3. DO DISCURSO DO ÓDIO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	48
3.1. O CASO ELLWANGER (HC 82.424/RS)	48
3.2. HC 134.682/BA e HC 146.303/RJ	55
3.3. APs 1007 e 1008	61
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz como objeto de estudo o direito fundamental à liberdade de expressão no contexto de um Estado de Direitos Fundamentais¹ e a possível limitação desse direito quando diante do discurso do ódio. Tema que justifica sua escolha diante da relevância do direito à liberdade de expressão em uma democracia e, também, diante da crescente manifestação do discurso do ódio. Tema que faz desse trabalho importante estudo não apenas no âmbito jurídico, sob a perspectiva do Direito Constitucional, como também no âmbito social, uma vez que se trata de assunto atual, cotidiano, e que coloca em questão o exercício de um direito fundamental muito importante para a autodeterminação do indivíduo, bem como para a manutenção da democracia.

Esse estudo tem como objetivo geral trazer à discussão possíveis limites ao direito à liberdade de expressão diante do discurso de ódio em um Estado de Direitos Fundamentais, como é o Brasil. Como objetivos específicos quer analisar como o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando sobre esse embate entre o direito à liberdade de expressão e o princípio da dignidade da pessoa humana, ambos direitos fundamentais previstos na Constituição, bem como quer fazer uma possível projeção de como a Corte Suprema julgaria caso que trata dessa temática, porém ainda não obteve resolução de mérito.

Dessa feita, a problemática desse trabalho é descobrir se e o quanto é possível restringir, colocar limites, ao direito à liberdade de expressão diante do discurso do ódio em um Estado de Direitos Fundamentais sem que se coloque em risco os princípios basilares de sua existência, ou seja, sem que ele se torne um Estado totalitário. Portanto, a pergunta que se busca responder com o presente estudo é se uma democracia será mais forte quão mais livre for o exercício do direito à liberdade de expressão ou se é possível que haja uma certa restrição a esse direito e ainda assim se preserve os princípios democráticos.

A hipótese defendida para resolução de tal problemática é de que há necessidade de se restringir o exercício da liberdade de expressão quando diante do discurso do ódio para que haja a garantia ao direito à dignidade da pessoa humana ofendida pelo discurso do ódio, e, com isso, seja respeitada a Constituição e os princípios democráticos.

¹ A professora doutora Christine Oliveira Peter da Silva, orientadora deste trabalho, traz a definição do modelo político do Estado de Direitos Fundamentais, que será paradigma para o presente estudo. (SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de Direitos Fundamentais *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

Para buscar solucionar tal problemática o trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo traz a atualização do Estado de Direito para o Estado de Direitos Fundamentais, ambos Estados Constitucionais, mas que têm diferentes âmbitos de proteção de seus direitos fundamentais. Nele é feita a comparação entre os dois, mostrando que o Estado de Direitos Fundamentais traz de diferente a Supremacia da Constituição, a interdependência entre as funções de poder e o caráter objetivo dos direitos fundamentais. E, ainda, faz-se uma análise de como é solucionada uma eventual colisão entre direitos fundamentais.

O segundo capítulo utilizou como base o livro da professora Samantha Ribeiro Meyer-Pflug sobre liberdade de expressão e discurso do ódio. Nele há um histórico da proteção do direito à liberdade no ordenamento pátrio, bem como seu avanço no direito internacional, trazendo os tratados mais importantes em que ele foi previsto. Depois trata especificamente do direito à liberdade de expressão, sua importância para a manutenção de um Estado democrático e possíveis limites a esse direito. Posteriormente, traz-se o conceito de discurso de ódio e a recente problemática quanto a sua proteção em uma democracia. Surgindo o questionamento do quanto se pode limitar o direito à liberdade de expressão sem que se torne um Estado autoritário.

O terceiro e último capítulo traz alguns casos importantes recentemente julgados pelo Supremo Tribunal Federal que tratam sobre a possibilidade de limitação do direito à liberdade de expressão diante do discurso de ódio. O primeiro a ser analisado é o caso notório conhecido por Ellwanger (HC 82.424/RS) que tratava da publicação de diversas obras literárias de conteúdo antissemita. Em seu julgamento, o Supremo decidiu, por oito votos a três, que o direito fundamental à liberdade de expressão não alcança a incitação de ideias preconceituosas e discriminatórias à comunidade judaica, constituindo crime de racismo (inafiável e imprescritível).

Serão analisados também o RHC 134.682/BA e o RHC 146.303/RJ, que tratam da questão da intolerância religiosa no exercício da religião. O primeiro traz o caso de um sacerdote da Igreja Católica Apostólica Romana, autor de livro sobre a cura e libertação espiritual, no qual explica que práticas espíritas, do candomblé e da umbanda são coisas do demônio. A Primeira Turma entende junto com o Relator, Ministro Fachin, que não passa de livre exercício religioso, terminando o trancamento da ação penal. Já no segundo caso, trata-se de pastor da Igreja Pentecostal que afirmou que o Islamismo é uma religião assassina e se trata de pilantragem, hipocrisia. Nele houve entendimento diferente, a Segunda Turma não entendeu

ser questão de proselitismo e seguiu entendimento do Ministro Toffoli, deixando vencido o Ministro Relator Fachin.

Por fim, traz para análise as ações penais AP 1007 e AP 1008. A primeira se trata de queixa-crime apresentada pela deputada Maria do Rosário em face ao então deputado Jair Bolsonaro e a segunda é referente a denúncia oferecida pelo Ministério Público pela prática, em tese, dos crimes de injúria e de incitação ao crime de estupro. Ambas ainda não tiveram nenhuma decisão de mérito, seus andamentos se encontram atualmente suspensos no âmbito do STF em decorrência da imunidade formal temporária ao Presidente da República, atual cargo exercido por Jair Bolsonaro. No entanto, em decorrência de sua repercussão e importância no atual cenário jurídico, político e social, faz-se relevante a sua análise, trazendo uma possível interpretação do Supremo quando o trouxer a julgamento.

O presente trabalho tem como marcos teóricos as autoras Samantha Meyer-Pflug e Christine Oliveira Peter da Silva. O artigo de Christine Peter, “Estado de Direitos Fundamentais”, foi base fundante do primeiro capítulo. Para a base teórica do segundo capítulo, utilizou-se a obra de Samantha Meyer-Pflug, “Liberdade de expressão e discurso do ódio”, junto com a de Daniel Sarmento, “Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional”.

A metodologia utilizada será essencialmente bibliográfica, uma vez que serão lidos livros, artigos e teses sobre Estado de Direitos Fundamentais, liberdade de expressão e discurso do ódio, mas será utilizada também a metodologia documental já que também será feita análise de julgados do Supremo Tribunal Federal.

Com isso, busca-se com esse trabalho fomentar e colaborar com o debate acerca do direito à liberdade de expressão e sua possível limitação diante do discurso do ódio, buscando respeitar e manter o devido equilíbrio entre os direitos fundamentais de um Estado de Direitos Fundamentais.

1. DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um Estado tem três elementos essenciais: povo, território e poder. É constituído por poder político de comando, que tem como destinatários os cidadãos nacionais². Canotilho entende que os conceitos de Estado e Constituição são inseparáveis, uma vez que não é possível compreender a Constituição sem o Estado já que este “é o seu objeto e o seu pressuposto e só nele ela alcança vigência e realidade”³. Enquanto o Estado, composto por seus dados espaço-temporais, compreende os pressupostos éticos, sociais e culturais, a Constituição é não só uma ordem normativa do Estado, como também uma decisão atualizadora desse mesmo Estado.

O Estado de Direito, em sua origem, era um modelo político liberal (Estado Liberal de Direito), caracterizado pela submissão ao império da lei (ato emanado formalmente do Poder Legislativo), divisão de poderes e garantia dos direitos individuais⁴. A história contemporânea mostrou que existem diversas concepções de Estado de Direito, uma vez que seu significado depende da própria ideia de Direito, conceito que varia no tempo e no espaço.

Para Pérez Luño, Estado de Direito consiste em uma organização política que tem como princípio máximo a sujeição do poder ao Direito, ou seja, às leis, que são legítimas e garantidoras dos direitos fundamentais⁵.

Canotilho define Estado de Direito como modelo jurídico-político que limita o poder estatal, de modo que ele só aja para defesa da ordem e segurança públicas, sem interferir diretamente nos direitos e liberdades individuais básicas dos cidadãos⁶.

O Estado de Direito, que se atualiza diante das provocações de uma sociedade em constante e acelerada mutação, foi sucessivamente liberal, social e constitucional, mudando de acordo com os direitos fundamentais tutelados por eles, evoluindo das liberdades individuais, passando pelos direitos sociais e, atualmente, até os direitos da terceira dimensão (fraternidade e solidariedade). Ou seja, os três Estados de Direito correspondem às três dimensões de direitos

² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. – 7. ed., 8 reimp. p. 90

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 167-168, 171.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 114-115

⁵ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Teoría del derecho: Una concepción de la experiencia jurídica*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2002. p. 169

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos democráticos. Vol. 7. Ed. 1. Gradiva publicações, 1999, p.19.

fundamentais⁷, podendo se observar que a estrutura normativa das constituições reflete a cultura jurídica de seu tempo da mesma forma que o sistema de direitos fundamentais protegidos por elas⁸.

O princípio do Estado de Direito separou os Estados que têm constituição daqueles que não têm e o Estado de direitos fundamentais, chamado por Canotilho de Estado Constitucional moderno, deveria, além de ter constituição, ser, obrigatoriamente, democrático. Portanto, um Estado de Direito democrático⁹, legitimado pelo povo.

O Estado Constitucional (Estado de Direitos Fundamentais¹⁰) é caracterizado pelo caráter normativo da Constituição, diferentemente do que acontecia no Estado de Direito, no qual o texto constitucional tinha caráter meramente programático. Com isso, os direitos fundamentais passam a ter procedimentos adequados para garantia de sua eficácia¹¹.

Canotilho acredita que se deve olhar um Estado democrático a partir dos critérios da dinamicidade, provisoriedade, alternatividade, concorrência e diversidade, enredado em tensões dialéticas. E, assim, tendo como base o último grande princípio da eticidade oriundo da cultura ocidental, o de que todo homem deve ser tratado com igual respeito e consideração, Canotilho propõe que um Estado Constitucional democrático (ou Estado de Direitos Fundamentais), em constante atualização, dever ter como base legitimadora a ideia da dignidade da pessoa humana¹².

⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 16-17

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. – 7. ed., 8 reimp. p.98

¹⁰ O conceito de Estado de Direitos Fundamentais é uma concepção de modelo político trazido pela professora Christine Peter em seu artigo “Estado de Direitos Fundamentais”. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

¹¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. – 7. ed., 8 reimp.

Alguns doutrinadores, como Canotilho¹³, Peter Häberle¹⁴, Perez Luño¹⁵ têm utilizado o termo Estado Constitucional, que nesse trabalho aparecerá como Estado de Direitos Fundamentais, conceito trazido pela professora Christine Peter¹⁶.

O Estado de Direitos Fundamentais nada mais é do que uma atualização do conceito de Estado de Direito. Ambos convivem e produzem efeitos teóricos e práticos na comunidade jurídica, como também compartilham de diversos pressupostos constitucionais em comum, de modo que não se trata de uma transição ou evolução de um modelo para o outro. Dessa feita, tendo em vista suas diversas semelhanças, esse primeiro capítulo irá elencar e demonstrar as diferenças entre eles¹⁷.

Consiste em um modelo político aberto e dinâmico vinculado objetivamente aos direitos fundamentais, em que a supremacia da Constituição e as interações entre as funções de Poder são estritamente vinculadas aos direitos fundamentais, e que estes são concretizados de forma irradiante (alcançando todos os ramos jurídicos), dirigente (para todos os atos estatais) e horizontal (para todos os atos da vida privada)¹⁸.

O Estado de Direitos Fundamentais consolida-se após a Segunda Guerra Mundial, quando o Estado de Direito, diante do cenário de horror instaurado na Europa, se demonstrou ineficaz em garantir efetivamente os direitos do homem¹⁹. Vale lembrar que o Estado de Direito foi berço de regimes políticos autoritários e ditatoriais mesmo mantendo em vigor suas constituições, nas quais havia direitos e garantias fundamentais. No entanto, até então as normas

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. – 7. ed., 8 reimp.

¹⁴ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Universidade Nacional Autónoma de México. Pontificia Universidade Católica del Perú. Fondo Editorial, 2003. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=NnXkHQVbxYUC&oi=fnd&pg=PR19&dq=Haberle+Estado+Constitucional&ots=Rq0ttjcxDa&sig=FmDJNWw-Gvw8jNKf7wuFu4zNJmA#v=onepage&q=Haberle%20Estado%20Constitucional&f=false> Acesso em: 25 abr. 2019.

¹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

¹⁶ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. 1. Ed. – Curitiba, PR: CRV, 2014. p. 25

¹⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

¹⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. 1. ed. – Curitiba, PR: CRV, 2014. p. 25

¹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estado Democrático de Direito como Estado de Direitos Fundamentais com Múltiplas Dimensões*. Disponível em: Acesso em:

constitucionais eram qualificadas como normas programáticas, não havendo, portanto, como se invocar a eficácia dessas normas constitucionais formalmente vigentes.

Esse novo modelo jurídico-político de organização de Estado foi resultado de uma preocupação dos diplomas constitucionais como princípio da dignidade da pessoa humana, que passou a ser o alicerce dos sistemas jurídicos, tornando o ser humano em si o centro de todas as discussões²⁰.

Assim, em um Estado de Direitos Fundamentais seria primordial o compromisso em grau máximo com o respeito à dignidade humana (matriz dogmática dos direitos fundamentais), bem como ter como característica principal a primazia pela garantia jurisdicional dos direitos fundamentais²¹.

Häberle acredita que o Estado de Direitos Fundamentais é um modelo aberto, resultado do desenvolvimento dos séculos – está em constante atualização²². Pérez Luño lembra que o modelo de pluralismo postulado por Häberle implica também na abertura do sistema constitucional²³.

O modelo de pluralismo infere que os direitos fundamentais formam um sistema de valores objetivos dotados de uma unidade de sentido e que consistem na máxima expressão de ordem axiológica de uma sociedade, bem como da comunidade internacional a que pertencem, mas que também respondem a uma estrutura aberta e dinâmica, em decorrência também do pluralismo político. Assim, tem-se um estatuto de direitos e liberdades fundado em uma ordem pluralista combinada com uma sociedade aberta. E é essa estrutura pluralista que legitima a concretização dos direitos fundamentais pelo Estado.

Visto que em um ordenamento aberto e complexo como esse é inevitável a existência de antinomias, Pérez Luño defende que as decisões judiciais façam uso da teoria argumentativa de Alexy, procedimento dirigido a garantir a racionalidade da argumentação jurídica, buscando evitar que valorações do intérprete jurista resultem em juízos de valor subjetivos e arbitrários.

²⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado constitucional brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2008. p. 4

²¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

²² HABERLE, Peter. *La Constitución como cultura*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 6, ano 2002, Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, p. 177-198

²³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

Nesse procedimento deve-se fazer referência às normas materiais e procedimentais que se aplicam ao caso, bem como a obrigatória consideração dos precedentes e das pautas orientadoras da dogmática jurídica institucionalmente cultivada²⁴.

No Brasil, em toda sua história política, pode-se dizer que só veio a ter um Estado de direitos fundamentais a partir da Constituição de 1988. Até então havia uma latente falta de efetividade das sucessivas Cartas Magnas nacionais, pois seus textos não tinham força normativa, eram “percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo”²⁵. Com a Carta de 1988 as normas constitucionais passaram a ter caráter de normas jurídicas, impositivas, capazes de garantir direta e indiretamente as situações que contemplam. E foi através dessa efetividade da Constituição que se desenvolveu a nova interpretação constitucional²⁶.

Pode-se observar, portanto, que tanto o Estado de Direito quanto o Estado de Direitos Fundamentais têm o direito como vetor axiológico e axiomático de sua própria existência, possuem um modelo de descentralização e controle recíproco de poder, bem como são comprometidos com os direitos e garantias fundamentais. Todavia, nessa atualização que ocorreu de um modelo para o outro houve uma diferenciação entre eles principalmente em três aspectos: a ideia de supremacia da lei foi substituída pela ideia de supremacia da Constituição, a teoria da separação de funções do poder se transformou na interdependência entre as funções de poder e os direitos fundamentais que tinham somente caráter subjetivo passaram a ter também caráter objetivo²⁷.

²⁴ ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a.M: Suhrkamp, 1978, (existe trad. Cast. De M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990), p. 32 ss y 263 ss. *apud* PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 29

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Juris. Mineira. Belo Horizonte. A. 60. Nº 188, p. 29-60. jan./mar. 2009

²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. BARROSO, Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação Constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003, p. 28

²⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42128>. Acesso em: 25 mar. 2019.

1.1. DA SUPREMACIA DA LEI A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

O Estado de Direito tem como seu maior dogma a supremacia da lei, de modo que todas as demais normas devem estar de acordo com aquela, uma vez que a lei é tida como a vontade máxima do Estado²⁸.

No entanto, com o avanço das normas infra e supra estatais a supremacia jurídica estatal passou a estar comprometida²⁹. Diversas regras acordadas por pessoas de direito internacional público, como tratados, bem como a atribuição de competências a organismos internacionais, passam a ter caráter normativo dentro do ordenamento jurídico do Estado, essas são as normas de caráter supra estatal. Já as normas acordadas em entidades e associações da sociedade civil organizada reconhecidas pelo Estado, ou não, constituem as normas infra estatais³⁰.

No Estado de direitos fundamentais, a vontade máxima do Estado é a vontade da sua Constituição, que passou a ter caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, bem como mecanismos próprios de coação³¹.

Uma das características desse modelo de Estado é o chamado fenômeno da “supraestatalidade normativa”, que consiste em adotar valores, princípios ou regras jurídicas comuns em ordenamentos jurídicos diferentes, através de normas de determinadas organizações internacionais ou supranacionais. Bem como a produção de normas por entes sociais intermediários, situados entre o cidadão e o poder estatal, fenômeno denominado “infraestatalidade normativa”³².

Dessa forma, o Estado não detém mais o monopólio da produção das fontes jurídicas utilizadas no seu ordenamento, passando a dividir essa função com demais atores no plano nacional e internacional³³.

²⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 62

²⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 62.

³⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 62-63

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Disponível em: Acesso em: p. 7

³² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 26

³³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. 1. ed. – Curitiba, PR: CRV, 2014. p. 28

No Estado de Direitos Fundamentais impera a supremacia da Constituição, portanto, o valor máximo do Estado seria a sua Constituição, devendo todas as normas (infra ou supra estatais) respeitarem o texto da Carta Magna. Não cabendo mais admitir leis que estejam em contraste com as normas constitucionais³⁴. Para que isso aconteça é necessária uma constante e atualizada interpretação da Constituição, à qual estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, e todos os cidadãos³⁵.

É preciso questionar, porém, até que ponto uma interpretação judiciária não teria um grau de criatividade do juiz, gerando o chamado ativismo judicial; conceito que consiste na usurpação de competência do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário³⁶.

Acredita Capelletti que mesmo o legislador se utilizando de linguagem simples e precisa, ainda restarão lacunas a serem preenchidas pelo juiz, podendo haver ambiguidades e incertezas que deverão ser resolvidas pela via judiciária. Também segundo ele “a interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e reproduzi-los, aplicá-los e realizá-los em novo e diverso contexto de tempo e lugar”³⁷. Sendo assim, o intérprete da norma jurídica deve resolver as imprecisões das normas, de modo a preencher as lacunas, precisar as nuances e esclarecer as ambiguidades.

A interpretação constitucional pluralista é elemento resultante da sociedade aberta, ao mesmo tempo que é elemento formador ou constituinte dessa mesma sociedade. E quão mais pluralista for uma sociedade, mais abertos hão de ser seus critérios de interpretação constitucional³⁸.

Por também serem de caráter aberto, principiológico e dependente da realidade em que se insere, as normas constitucionais não possuem um sentido único e objetivo, cabendo a elas

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 425

³⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1997. Reimpressão, 2002. p. 13

³⁶ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. vol. 5. Número Especial, 2015. p. 69

³⁷ CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993. p. 20-21.

³⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1997. Reimpressão, 2002. p. 24.

diversas interpretações dependendo do caso a ser analisado e de qual direito fundamental deverá ser preservado, buscando sempre a solução que mais se adeque ao texto Constitucional³⁹.

Ainda, quando se trata de interpretar norma constitucional, constroem-se sentidos constitucionais, que seriam a própria definição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Portanto, a interpretação constitucional é uma atividade que diz respeito a todos⁴⁰.

Sendo assim, inegável é a importância e a complexidade do papel de intérprete constitucional. Função que requer responsabilidade pessoal, moral e política, além de jurídica, do intérprete, restando assim essa difícil função do juiz, principalmente do juiz constitucional. No contexto do Estado Constitucional atual, o princípio da separação de poderes para realizar competências que se superpõem, sobrepõem e se auto ajustam não faz mais tanto sentido, de forma que se faz necessária uma recontextualização desse princípio.

1.2. DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES DE PODER A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE AS FUNÇÕES DE PODER

A teoria clássica de separação dos poderes de Montesquieu, apesar de sua importância, não faz mais sentido em um Estado de Direitos Fundamentais, no qual há uma interdependência entre as funções de poder, que agem de forma colaborativa visando a concretização dos direitos fundamentais⁴¹. Tendo sua legitimidade democrática realizada através de uma visão cooperativa e coordenada de ações compartilhadas entre os diversos atores sociais, estatais nacionais e internacionais.

Como bem leciona Christine Peter⁴²:

“No Estado constitucional, diante da tarefa compartilhada de concretizar direitos fundamentais como meta principal do Estado, as funções de Poder atuam, na medida de suas competências postas, buscando aproximação com o ideal de máxima efetividade

³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. BARROSO, Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação Constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003. p. 28.

⁴⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1997. Reimpressão, 2002. p. 12

⁴¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20. n. 4438. 26 ago, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42128> Acesso em: 25/03/2019.

⁴² SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20. n. 4438. 26 ago, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42128> Acesso em: 25/03/2019.

jusfundamentadora. Qualquer atitude de uma função de poder ou de outra será avaliada com a métrica dos direitos fundamentais, e não mais com a métrica das estritas limitações de competências”.

Nascem, assim, as desejáveis parcerias e inevitáveis tensões entre as três funções de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), que, muito embora não estejam livres de tensões e conflitos, são essas constantes interações entre elas, cooperativas ou conflitivas, que baseiam o Estado de direitos fundamentais, criado na ideia de democracia de antíteses⁴³.

Se baseando na complexidade dos seres humanos, M. J. C. Vile acredita que não é possível considerar uma premissa dogmática como pilar para sempre, devendo se reivindicar novos valores, mesmo não condizentes com os antigos⁴⁴. Para ele essas funções não podem estar nem completamente separadas nem totalmente fundidas, pois assim poderia se chegar a um uso eficaz, porém controlado do poder do Estado⁴⁵.

Dessa forma, essa ‘nova’ separação de poderes tem a necessidade da separação das funções básicas do Estado em diferentes órgãos, mas também que haja uma colaboração forçada (obrigatoriamente tensa e conflituosa) entre essas funções, visando uma contenção entre elas nas fronteiras de suas competências constitucionais⁴⁶.

As interferências entre os poderes buscam o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar arbitrariedades e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados⁴⁷. Os trabalhos das três funções de poder só se desenvolverão a bom termo subordinando-se ao princípio da harmonia, sem que um domine ou se sobressaia ao outro, havendo sempre controle e contribuição recíprocos, a fim de evitar distorções e desmandos.

Sendo assim, as funções de poder teriam meios de impedir a usurpação de funções umas pelas outras de forma eficiente. Assim como ocorre no sistema de freios e contrapesos (*checks*

⁴³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862. Teresina. ano 20. n. 4438. 26 ago. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42128>. Acesso em: 25/03/2019.

⁴⁴ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 388

⁴⁵ VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 367

⁴⁶ BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira, in *Revista de Direito Público*, ano XIV, julho/dez 1981, p. 121 *apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. 1. ed. – Curitiba, PR: CRV, 2014. p. 36.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 112-113.

and balances) americano: lá “os poderes estão de tal forma compartilhados, repartidos e equilibrados entre os diferentes órgãos da República que nenhum deles pode ultrapassar seus limites constitucionais sem que o outro imediatamente possa detê-lo ou contê-lo”⁴⁸.

Como se observa, a ideia de interdependência não é recente, o que muda desse conceito para o que propõe o Estado de direitos fundamentais é que, com o dever compartilhado de concretizar direitos fundamentais como principal tarefa do Estado, as funções de poder agem, até a medida de suas competências constitucionais, visando a máxima efetividade desses direitos⁴⁹. Devendo seus atos serem avaliados se estão de acordo com os direitos fundamentais e não mais com as limitações de competências.

Dessa forma, não há mais como se falar em separação de poderes sem observar que há um constante processo de interpenetração de funções, em que um poder pratica atos originalmente de um outro poder⁵⁰. Ou seja, o que existe na verdade é um compartilhamento de atribuições, uma colaboração de poderes.

Da mesma forma, não há mais que se falar em monopólio de um ou outro poder na concretização da Constituição, esta passa a ser uma tarefa compartilhada entre todos os órgãos de poder (funções executiva, legislativa e judiciária), bem como entre eles e a sociedade civil organizada⁵¹.

A partir dessa nova ótica, os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política perdem o sentido, uma vez que aqui as interações entre as funções de poder passam a ser mais constantes e intensas, gerando tensões, mas também acomodações através do regular exercício de suas competências⁵². Assim, um Estado de direitos fundamentais não é constituído por poderes com competências bem definidas e estanques, mas sim por “poderes interdependentes

⁴⁸ BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira, in *Revista de Direito Público*, ano XIV, julho/dez 1981, p. 121-122.

⁴⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 25/03/2019.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 164-165.

⁵¹ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 5. Número Especial, 2015. p. 67.

⁵² SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 25/03/2019.

que constroem coletivamente e cooperativamente suas competências constitucionais na tensão permanente e imanente da força da história e dos acontecimentos”⁵³.

Em outras palavras, é o que acontece na Teoria dinâmica circular entre forças jurídico-normativas de Konrad Hesse: Constituição e realidade interferindo uma na outra, mutuamente, resultando no fenômeno da força normativa da Constituição⁵⁴. A sociedade e demais entidades estatais interferem por meio de cobrança e denúncia do exercício das competências constitucionais.

No modelo de Estado de direitos fundamentais, portanto a teoria de separação dos poderes abre espaço para uma interdependência entre as funções de poder, com isso, a legitimidade democrática busca a ideia de uma democracia pluralista, que “trabalha com o conceito de legitimidade pela visão cooperativa e coordenada de ações compartilhadas entre os diversos atores sociais, estatais-nacionais e também internacionais”⁵⁵.

1.3. DA DOGMÁTICA JURÍDICO-SUBJETIVA A DOGMÁTICA JURÍDICO-OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Essa é possivelmente a principal diferença entre o Estado de direito e o Estado de direitos fundamentais. Essa mudança ocorreu de forma que os problemas que envolviam direitos fundamentais passaram de casos de resolução de conflitos e restrições de direitos individuais e coletivos para direitos individuais homogêneos e difusos⁵⁶.

Houve um processo de valorização dos direitos fundamentais causado pela tomada de consciência de que os direitos fundamentais apenas como direitos subjetivos não eram suficientes para garantir a liberdade efetiva para todos⁵⁷. O que não significa que os direitos

⁵³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. 1. ed. – Curitiba, PR: CRV, 2014. p.37.

⁵⁴ HESSE, Konrad. *Força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

⁵⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. 1. Ed. – Curitiba, PR: CRV, 2014. p. 41.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 254 e SS. Cfr também SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 157-158.

⁵⁷ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed, revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 151.

fundamentais perderam seu caráter subjetivo, ele apenas passou a ser visto também por uma perspectiva objetiva⁵⁸.

A necessidade de ver os direitos fundamentais como direitos objetivos se deu com o constante processo de complexificação da sociedade⁵⁹, mais especificamente após o fim da Segunda Guerra Mundial, quando movimentos políticos e militares subiram ao poder respeitando a legislação vigente e cometeram inúmeras barbáries em nome da lei⁶⁰.

Esse desenvolvimento de diferentes funções dos direitos fundamentais se deve principalmente por intermédio da hermenêutica, permitindo que, através da interpretação, sejam acolhidos novos conteúdos ao programa normativo dos direitos fundamentais. Problemática que reacende o permanente dilema causado pela relação dinâmica e dialética entre a norma jurídica e a realidade a qual se projeta⁶¹.

Realidade esta de uma sociedade cada dia mais complexa, multicultural e termodinâmica, infinitamente mais bem informada, tecnológica e, portanto, mais conectada e desejadamente mais plural. Criando um novo contexto, no qual a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é consequência natural, incapaz de ser controlada, do processo de constante mudança e complexificação da sociedade contemporânea⁶².

Sendo assim, na medida em que as sociedades e seus interesses foram mudando, a interpretação dos direitos fundamentais foram se moldando à essas mudanças, de modo que esses direitos tinham seu valor ligado diretamente à ideia de sujeito, buscando garantir interesses/necessidades subjetivas e individuais dos cidadãos, apenas como garantias negativas do Estado, partindo para se tornar parâmetro de toda a sociedade e de suas instituições públicas e privadas, bem como tidos como diretrizes das ações positivas dos poderes públicos, vinculando os órgãos legislativos, executivos e judiciários⁶³.

⁵⁸ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judiciale ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista brasileira de políticas públicas*, vol. 5. 2015. Disponível em: Acessado em:

⁵⁹ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 143

⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. BARROSO, Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação Constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003, p. 31

⁶¹ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1988, p. 149.

⁶² SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. 1. ed. – Curitiba, PR: CRV, 2014. p. 38.

⁶³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. 1. ed. – Curitiba, PR: CRV, 2014. p. 39.

O caráter objetivo dos direitos fundamentais faz com que seja vinculado também o exercício dos direitos subjetivos individuais, pois a proteção desse direito subjetivo tem que estar de acordo com o reconhecimento desses direitos fundamentais dado pela própria sociedade em que ele está inserido. Ou seja, existe uma responsabilidade comum a todos os indivíduos na composição e concretização dos direitos fundamentais⁶⁴.

Como consequência do caráter objetivo, os direitos fundamentais, portanto, não devem mais ser entendidos unicamente numa ótica individual, pois passam a figurar como um sistema de valores objetivos perseguidos pela sociedade democrática. Passam também a exigir a solidariedade e a responsabilidade dos cidadãos no seu exercício. Bem como cumpre ao Estado o dever de respeitar os direitos fundamentais e de restringi-los, quando necessário, buscando a salvaguarda de bens coletivos garantidos constitucionalmente. Ainda no âmbito das consequências, as garantias institucionais são consideradas importante projeção objetiva das normas constitucionais que não configuram quaisquer posições jurídicas subjetivas fundamentais. Também gera ao Estado e à sociedade o dever de promover as condições necessárias para a efetividade dos direitos fundamentais para todos⁶⁵.

Destarte, se demonstra de suma importância que os responsáveis pela concretização dos direitos fundamentais possuam consciência comunitária, visando sempre o bem-estar geral, sendo vital uma proatividade no sentido de concretizar esses direitos dentro de suas próprias comunidades⁶⁶.

Os direitos fundamentais constituem a parte dogmática das constituições contemporâneas, sendo assim, um Estado de Direitos Fundamentais na qual impera a supremacia da Constituição, os direitos fundamentais são os pressupostos de máxima importância contidos no seu texto (de forma escrita ou implícita), ocupando um papel nitidamente excelso, basilar.

Os direitos fundamentais, agora funcionando com caráter normativo, como normas de direito objetivo, passam também a servir como parâmetros para o controle de

⁶⁴ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 141.

⁶⁵ FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 30.

⁶⁶ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. 1. ed. – Curitiba, PR: CRV, 2014. p. 39.

constitucionalidade das leis e demais atos normativos⁶⁷. Deixam, portanto, de ter condição meramente valorativa.

Esse caráter normativo produz efeitos de eficácia irradiante, horizontal e dirigente. A eficácia irradiante gera diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, necessitando que haja uma interpretação conforme os direitos fundamentais semelhante à técnica de interpretação conforme a Constituição⁶⁸. A eficácia horizontal significa que os direitos fundamentais geram efeitos também nas relações privadas. Já a eficácia dirigente trata efeitos gerados para os órgãos estatais (no plano de todas as funções de Poder), que consiste na função de estar sempre em busca da concretização dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, cabe ao Estado proteger os direitos fundamentais não somente dos indivíduos contra os poderes públicos, como também contra particulares e inclusive de outros Estados. Ainda, devendo tomar medidas positivas a fim de concretizar os direitos fundamentais por parte de todos os agentes, órgãos e funções estatais⁶⁹.

Como exemplo desses efeitos dos direitos fundamentais tem-se as garantias institucionais, que tem a função de reforçar a proteção de determinadas instituições através de normas procedimentais, capazes de auxiliar na efetiva proteção a esses direitos⁷⁰.

1.4. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais podem ser definidos como direitos do homem, ou seja, para todos os povos e em todos os tempos, que são garantidos no âmbito jurídico-institucional e limitados espaço-temporalmente⁷¹. Dessa feita, são direitos de suma importância para a nossa convivência em sociedade, são essenciais para uma proteção mínima da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana pode ser considerada o grande vetor do Estado de

⁶⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. 1. ed. – Curitiba, PR: CRV, 2014. p. 41-42.

⁶⁸ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1988, p. 145.

⁶⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. 1. ed. – Curitiba, PR: CRV, 2014. p. 43.

⁷⁰ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1988, p. 147-148.

⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 8. reimp. p.393.

Direitos Fundamentais, isso se dá porque o Estado formula os seus direitos e deveres visando proteger e dar maior eficácia a esse fundamento constitucional⁷².

Por conta da importância dos Direitos Fundamentais, nada mais lógico do que serem regulamentados e protegidos pela Constituição Federal, a norma suprema do ordenamento jurídico brasileiro e que possui força vinculativa máxima. Anota-se, ainda, que não há de se falar em um rol taxativo desses direitos, a Constituição os deixa em aberto para que se abranja e proteja o máximo de direitos necessários para se assegurar a dignidade da pessoa humana⁷³.

Pode-se listar diversas características que são associadas com os direitos fundamentais, entre elas destacam-se: a historicidade; a universalidade; a inalienabilidade; a constitucionalização; a vinculação dos poderes públicos; a aplicabilidade imediata⁷⁴. Anota-se, ainda, que estes direitos são personalíssimos, heterogêneos, abrangentes, e mutáveis, dessa forma, tendem a serem revelados somente diante de um caso concreto⁷⁵.

A necessidade de se positivar os direitos fundamentais decorre do caráter histórico que os cerca, como a Revolução Francesa, a revolução industrial e as duas guerras mundiais. Este contexto demonstrou que a proteção desses direitos é fundamental, pois é através deles que as ações do Estado são limitadas e legitimadas, porém, o processo de se positivar estes direitos fora duro e longo⁷⁶.

A característica da universalidade se dá, pois, todos os indivíduos na jurisdição brasileira possuem a titularidade desses direitos, inclusive os estrangeiros presentes no território da República Federativa do Brasil. Ademais, essa titularidade não pode ser renunciada, tendo em vista que ela é inalienável, assim, tais direitos são intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis⁷⁷.

⁷² MAIA, Luciana Andrade; Direitos fundamentais: Colisões e conformações. 7/5/17 Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6559/Direitos-fundamentais-Colisoes-e-conformacoes> Acesso em: 02/04/2019.

⁷³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷⁵ RODRIGUES, Arthur Martins Ramos Rodrigues. *A colisão entre direitos fundamentais*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/arthur_martins_ramos_rodrigues.pdf Acesso em: 02/04/2019.

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

A força vinculativa dos direitos fundamentais é prevista no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição brasileira, vide o artigo em questão:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁷⁸.

Mesmo que não estivesse prevista constitucionalmente, a força vinculativa não poderia ser afastada destes direitos fundamentais⁷⁹. Ademais, se não possuíssem este caráter vinculativo, não iria ocorrer conflito entre eles, mas sua eficácia seria comprometida e perderia a proteção até aqui lentamente conquistada⁸⁰.

Os direitos fundamentais tentam abarcar todas os direitos necessários para se manter a dignidade humana, acabando por proteger valores ideologicamente opostos, que são naturalmente contraditórios entre si. Dessa forma, percebe-se que eventuais choques de valores sempre existirão, mas isso em nada deturpa o Estado de Direitos Fundamentais, servindo inclusive para fortalecer a democracia⁸¹.

Conflitos surgem em todos os âmbitos do contexto jurídico, pois, embora o mundo jurídico tente prever todas situações possíveis e elaborar normas que as regulamentem, a prática acaba sendo muito mais complexa do que se pode regulamentar. Dessa forma, criaram-se formas de solucionar estes conflitos para quando eles ocorrerem, já que eles sempre ocorrerão.

Os conflitos causados entre regras são resolvidos mediante um juízo de validade, já, os que surgem entre princípios, são solucionados por meio de um juízo de valor⁸². Existe, portanto, essa diferença no processo de resolução, pois, as regras emitem comandos definitivos e estabelecem diversas obrigações precisas que só podem ser cumpridas de forma integral⁸³.

⁷⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 02/04/2019.

⁷⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução/Organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 62-63.

⁸⁰ TREVISAN, Leonardo S. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Teoria de Robert Alexy*. Cadernos do programa de Pós-graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, v. 10, n. 1, p. 139, 2015.

⁸¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

⁸² RODRIGUES, Arthur Martins Ramos Rodrigues. *A colisão entre direitos fundamentais*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/arthur_martins_ramos_rodrigues.pdf Acesso em: 02/04/2019.

⁸³ LIMA, André Canuto de F. *A teoria dos princípios de Robert Alexy*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31472/a-teoria-dos-principios-de-robert-alexey>

Dessa forma, não se pode aplicar, em um mesmo contexto jurídico, duas regras de valores opostos, acabando por prevalecer somente uma.

Já os princípios não possuem comando absolutos com clara forma de execução, ademais, todos os princípios são extremamente importantes para o ordenamento jurídico. Assim, em um conflito entre princípios, a solução deve se dar pela conciliação, não podendo excluir um deles do ordenamento jurídico mesmo que haja uma irremediável contradição entre eles⁸⁴. Isso porque os princípios são mandamentos de otimização, podendo ser realizados em graus diferentes, dependendo somente das possibilidades fáticas⁸⁵, assim, perante um caso concreto, um princípio pode sobressair em relação ao outro⁸⁶.

No caso dos direitos fundamentais, a solução é realizada de forma muito similar com os conflitos entre princípios, por possuírem uma natureza principiológica, sendo enunciados quase sempre mediante princípios⁸⁷. Ademais, ambos possuem características similares, como um conteúdo polimórfico⁸⁸, suas estruturas normativas e o modo de aplicação imediata⁸⁹.

Anota-se, ainda, que aplicar os critérios hermenêuticos clássicos, como hierárquico, cronológico ou da especialidade, para os conflitos entre direitos fundamentais se demonstra ineficaz. Isso se dá, porque os Direitos Fundamentais são previstos na Constituição Federal de 1988, dessa forma, eles possuem a mesma hierarquia⁹⁰, foram promulgados no mesmo momento⁹¹ e têm caráter genérico, inexistindo uma posição de especialidade entre eles.

Em casos de colisão de direitos fundamentais só é possível encontrar uma solução adequada à luz da Constituição após analisar o caso concreto⁹². Alguns autores, como Samantha

⁸⁴ MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série IDP)

⁸⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 75-76

⁸⁶ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

⁸⁷ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

⁸⁸ RODRIGUES, Arthur Martins Ramos Rodrigues. *A colisão entre direitos fundamentais*. Disponível em:

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/arthur_martins_ramos_rodrigues.pdf Acesso em: 02/04/2019.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁹⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 370.

⁹¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 255-256.

⁹² BARCELLOS, Ana Paula de. BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação Constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003, p. 29

Meyer-Pflug⁹³, Luís Roberto Barroso⁹⁴ e Gilmar Mendes⁹⁵ defendem que para se chegar a essa solução adequada deve-se utilizar da ponderação, método em que o intérprete deverá analisar o caso concreto e analisar em que medida cada direito fundamental irá incidir naquela hipótese, através de concessões dos dois direitos que estão em colisão, de maneira tal que preserve o máximo possível de cada um.

A forma de resolução de conflitos entre direitos fundamentais que a doutrina considera mais adequada é a teoria da ponderação dos princípios proposta pelo jurista alemão Robert Alexy. Essa teoria possui forte conexão com o princípio da proporcionalidade, isso se dá pela própria natureza dos princípios que permitem ponderar sua aplicação⁹⁶.

O que se busca por meio da ponderação é a otimização da norma, ou seja, visa proteger todos os direitos ao máximo da possibilidade apresentada no caso concreto⁹⁷. Assim, se pode restringir certos direitos quando estes estão ameaçando outros valores constitucionais⁹⁸, porém o direito só pode ser restringido até o seu mínimo existencial⁹⁹. Não sendo admissível o esvaziamento completo ou a absoluta inaplicabilidade de algum direito fundamental¹⁰⁰.

Quando houver ponderação é necessário submeter o resultado ao crivo do princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade tem três subprincípios, o primeiro é o princípio da idoneidade (adequação) do meio empregado para atingir o resultado pretendido, o segundo é o da necessidade do meio utilizado para atingir esse fim e, por último, o terceiro que é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito¹⁰¹.

⁹³ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁹⁵ MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série IDP)

⁹⁶ TREVISAN, Leonardo S. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Teoria de Robert Alexy*. Cadernos do programa de Pós-graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, v. 10, n. 1, p. 139, 2015.

⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁹⁹ SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. *Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13621 Acesso em: 02/04/2019.

¹⁰⁰ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em: 26 Abr. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414>.

É na adequação que o intérprete define a intensidade da intervenção¹⁰² e identifica qual meio seria menos prejudicial para atingir o fim que pretendia¹⁰³. Na necessidade, se examina se a limitação foi realizada corretamente¹⁰⁴, se os fundamentos e as circunstâncias do caso realmente requisitavam aquele nível de limitação¹⁰⁵. Na proporcionalidade em sentido estrito, analisa-se, de forma conjunta, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos no caso concreto, visando determinar os pesos de cada elemento¹⁰⁶. Assim, essa fase tem como objeto a ponderação, determinando as vantagens e o dano, dessa forma, quanto maior for o grau de prejuízo de um direito fundamental, maior deve ser a importância do cumprimento do outro direito fundamental¹⁰⁷, ou seja: “Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”¹⁰⁸.

O princípio da proporcionalidade é complementado pelo princípio da proteção ao núcleo essencial, que defende que, não é possível restringir um direito fundamental de modo a afetar o seu conteúdo mínimo ou essencial, nem mesmo em um caso concreto¹⁰⁹, podendo, apenas, atribuir mais peso a um direito do que a outro¹¹⁰. Assim, a lógica de antagonismo absoluto aplicada às normas, não se aplica aos princípios, devendo buscar sempre a lógica da coexistência, ainda que de forma conflitual¹¹¹.

Entretanto, há autores, como Medauar Ommati, que afirmam que por mais difundido e utilizado que seja, o postulado da proporcionalidade é completamente inadequado para solucionar colisão de direitos fundamentais¹¹². Defende, com base na Teoria de Ronald

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰³ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 375-385.

¹⁰⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 374-375.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁰⁷ TREVISAN, Leonardo S. *Os direitos fundamentais sociais na teoria de Robert Alexy*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito. PPGDir./UFRGS. V. 10. N. 10. P. 139, 2015.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em: 26 Abr. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414>.

¹⁰⁹ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 399-403

¹¹⁰ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

¹¹¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

¹¹² OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 121

Dworkin, que há uma única solução correta para cada caso, podendo chegar nela através da reconstrução à sua melhor luz da história institucional para a afirmação da igualdade e liberdade. E que, por meio do postulado da proporcionalidade não há como buscar pela única decisão correta.

Ronald Dworkin tem defendido que valores não conflitam entre si. Defende que é possível construir uma teoria que unifique os valores em um todo coerente e consistente. Então não há que se falar em conflito de valores¹¹³. Se Direito é valor, não deve ser aplicado na maior medida possível em seu grau ótimo (como propõe o método da proporcionalidade), mas sim que o valor vale ou não vale. Mesmo porque o Poder Judiciário deve basear suas decisões em princípios e não em políticas¹¹⁴.

Ronald Dworkin que a hipótese concreta é resolvida adequadamente pela aplicação de apenas um dos direitos fundamentais potencialmente aplicável ao caso, tratando-se de uma interpretação sistemática e unitária da Constituição¹¹⁵. O intérprete é, portanto, responsável por desvendar a demarcação precisa de cada um dos direitos fundamentais, nunca podendo caber a aplicação de mais de um direito fundamental em um caso concreto.

Dworkin afirma que o Direito é um conceito eminentemente interpretativo e as divergências referentes a valor são, geralmente, de natureza teórica. Por isso, só existe uma única decisão correta e para se chegar nela é necessário um trabalho árduo, hercúleo, de enfrentamento da questão, tentando enxerga-la através do maior número de ângulos possíveis. Para tanto deve-se raciocinar principiologicamente, assumir a complexidade do caso, se colocar na posição de cada um dos afetados, de modo a ver como o Direito pode ser justificado como a melhor prática argumentativa existente naquele momento para aquele caso¹¹⁶.

Encara o Direito como uma questão de princípios, devendo o juiz, fazendo uma interpretação de toda a história institucional do Direito, encontrar o princípio adequado para regular determinada situação concreta. Ele, todavia, não possui discricionariedade, é limitado pela argumentação das partes, pelo caso concreto e deve argumentar sua decisão de modo a

¹¹³ OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 124.

¹¹⁴ OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 125.

¹¹⁵ CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 46.

¹¹⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 112.

convencer racionalmente todos os afetados por ela, no sentido de que seria a única adequada para regular a situação em questão¹¹⁷.

Assim, a justificação do fundamento da decisão “só estará correta, na medida em que respeite a um todo coerente de princípios num contexto de integridade”. O ideal de integridade do Direito ou integridade na jurisdição consiste na ideia de que o Direito é um projeto político para uma determinada comunidade de pessoas livres e iguais. Devendo aqueles que criam as leis mantê-las no ideal da integridade na legislação: coerentes com seus princípios como se tivessem sido feitas por uma única pessoa, a comunidade corporificada. Ainda, exige dos juízes coerência entre as decisões passadas e presentes, sempre devendo ser baseadas nos princípios da igualdade e liberdade, como se fizessem parte de uma obra coletiva¹¹⁸.

¹¹⁷ OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 113.

¹¹⁸ OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 117

2. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DISCURSO DO ÓDIO

A liberdade é condição necessária ao pleno desenvolvimento da natureza humana, bem como de sua integridade e dignidade. A proteção a esse direito é pressuposto à existência de todos os demais direitos, pois sem liberdade os outros direitos perdem sua razão de ser. Por ter sido uma difícil conquista da sociedade e de suma importância para todas as sociedades, faz-se questão de estar preservada nos ordenamentos jurídicos. Esse direito encontra-se previsto nas Constituições das mais diversas democracias contemporâneas, e foi protegido por diversos tratados internacionais ao longo do tempo.

2.1. DA LIBERDADE

A afirmativa do direito à liberdade como direito fundamental teve sua origem na Inglaterra, onde foram elaboradas cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais. O primeiro deles foi a Magna Carta (1215-1225), feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres (muito poucos naquela época), que se tornou símbolo das liberdades públicas. Seguida pela Petição de Direitos (*Petition of Rights*, 1628), *Habeas Corpus Act* e Declaração de Direitos (*Bill of Rights*, 1688), documentos que visavam o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os súditos, bem como a limitação dos poderes do monarca. Evoluindo de uma monarquia divina para uma monarquia constitucional, submetida à soberania popular, que teve Locke como seu principal teórico e que inspirou as democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX¹¹⁹.

Na primeira declaração de direitos fundamentais, nos termos modernos, Declaração de direitos do Bom Povo de Virgínia¹²⁰ (1776), que consolidava as bases dos direitos do homem, inspirada na crença de direitos naturais e imprescritíveis do homem também estava positivado o direito à liberdade: “Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes”. Importante relevância histórica na defesa do direito à liberdade é também a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), escrita por Thomas Jefferson:

“Cremos axiomáticas as seguintes verdades: que os homens foram criados iguais; que lhes conferiu o Criador certos direitos inalienáveis, entre os quais o de vida, o de liberdade e o de procurarem a própria felicidade; que para a segurança desses direitos se constituíram entre os

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 154.

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 155-156.

homens governos, cujos justos poderes emanam do consentimento dos governados; que sempre que qualquer forma de governo tenda a destruir esses fins assiste ao povo o direito de mudá-la ou aboli-la, instituindo um novo governo cujos princípios básicos e organização de poderes obedeçam às normas que lhe pareçam mais próprias para promover a segurança e a felicidade gerais”.

Seguida da Constituição Americana (1787) – 1ª Emenda: “liberdade de religião e culto, de palavra, de imprensa, de reunião pacífica e direito de petição”.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), adotada pela Assembleia Constituinte francesa, constituída logo após a Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), consagra os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem. Em seus dezessete artigos proclama os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias individuais liberais ainda encontradas nas declarações contemporâneas. Em seu texto não há menção a liberdade de associação nem a liberdade de reunião, o que caracteriza uma concepção ainda individualista dos direitos¹²¹.

E traz como conceito de liberdade: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar”¹²².

A liberdade é, portanto, direito fundamental de primeira dimensão, que demanda uma prestação negativa, ou seja, uma abstenção do Estado (direito negativo ou de defesa)¹²³. Todas as Constituições do Estado Liberal implantado pela Revolução Francesa colocaram com destaque o conceito do primeiro dos direitos naturais e sagrados do homem, o direito de liberdade, que é poder fazer tudo que não for contrário aos direitos do outro¹²⁴.

Após as duas grandes guerras, a doutrina dos direitos fundamentais do homem foi projetada para o plano supraestatal¹²⁵. Aprovada em Assembleia Geral da Organização das

¹²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 159-160.

¹²² BURDEAU, Georges. *Les Libertés Publiques*. Paris: LGDJ, 1972. p. 14 *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 235

¹²³ HESSE, Konrad. *Rundrechte*, in *Staatslexikon*. vol. 2. *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 574.

¹²⁴ MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 143.

¹²⁵ MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 232.

Nações Unidas (ONU), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) reconheceu a dignidade da pessoa humana como base da liberdade, da justiça e da paz¹²⁶.

Durante o século XIX, a enunciação dos direitos e deveres dos indivíduos passou para o próprio texto das Constituições, adquirindo caráter concreto de normas jurídicas positivas¹²⁷. A partir de então todas as constituições democráticas inseriam em seu texto a Declaração dos Direitos do Homem, com força de limitação do poder do Estado¹²⁸.

A liberdade é condição necessária ao pleno desenvolvimento da natureza humana. Sem ela, todos os outros direitos perdem a razão de ser. Negá-la impossibilita o desenvolvimento da personalidade humana e do seu poder de discernimento¹²⁹.

Ao Estado e ao Direito cabe definir limites de exercício do direito à liberdade, difícil tarefa que deve ser feita analisando os princípios e valores estruturais que são adotados nessa sociedade¹³⁰. Para Hans Kelsen¹³¹ a liberdade só pode ser garantida quando há meios de proibição a interferências ou ingerências a ela previstas no ordenamento jurídico.

O direito à liberdade é uma conquista das sociedades e é preservado pelo ordenamento jurídico. Para isso, é necessário que o Estado crie condições necessárias para o seu devido exercício¹³², bem como que os indivíduos estejam em constante alerta para a manutenção desse direito¹³³.

Possui dupla atribuição jurídica, podendo ter âmbito positivo ou negativo. Positivo quando exige uma prestação do poder público, ou seja, quando o Estado tem que se fazer presente para regulamentar e garantir sua efetivação, como por exemplo a liberdade de reunião, de associação ou de exercício das prerrogativas de cidadania. E negativo quando é necessária

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p.165.

¹²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p.169.

¹²⁸ MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 230.

¹²⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 28.

¹³⁰ TEIXEIRA, José Horário Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.p. 742.

¹³¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 74.

¹³² MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 29.

¹³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

uma abstenção do Estado, ou seja, que ele não interfira, como exemplo as liberdades de crença e de pensamento¹³⁴.

2.2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como uma das dimensões do direito à liberdade, a garantia à liberdade de expressão é um dos principais direitos fundamentais do homem, e, por isso mesmo, é assegurada nas Constituições dos mais diversos países, bem como em Tratados Internacionais e nas Declarações de Direitos Humanos¹³⁵.

No plano internacional é um direito amplamente protegido. Vale destacar alguns dispositivos:

Art. 11 da Declaração de Direitos do Homem (1789):

“Art. 11. A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, exprimir-se livremente, sujeito a responder pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela lei”.

Arts. XVIII e XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948):

“Art. XVIII. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Art. XIX. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

Art. IV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948): “Art. IV. Toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio.”

No plano nacional, o direito à liberdade de expressão foi previsto em todas as Constituições, mudando a extensão da proteção dada dependendo do sistema político adotado e o grau de democracia assegurado em cada Constituição¹³⁶.

¹³⁴ MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 311.

¹³⁵ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 27.

¹³⁶ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.56.

A Carta atualmente vigente, proclamada em 1988, representa a volta de um regime democrático, após longo período de ditadura militar em que houve grande restrição no exercício das liberdades públicas.¹³⁷ Buscou privilegiar a liberdade em seus mais variados aspectos, visando consolidar a democracia. Em seu texto trouxe extenso rol de direitos concernentes à proteção da liberdade: liberdade de pensamento, de expressão, religiosa e de culto, ideológica e de reunião; sendo vedada toda e qualquer espécie de censura ou licença. Bem como a liberdade de imprensa, também essencial numa democracia.

A liberdade de expressão, portanto, é um conceito amplo que consiste na exteriorização do pensamento, de ideias, opiniões, convicções, sensações e sentimentos através de atividades intelectuais, artísticas, científicas ou por qualquer outra forma de se comunicar¹³⁸, devendo incluir também as crenças e juízos de valor¹³⁹. Ou ainda, no direito de cada indivíduo pensar e abraçar suas ideias sem que sofra retaliação ou restrição de qualquer tipo por parte do Estado. Representando, portanto, importante instrumento para a manutenção da democracia, uma vez que permite que a vontade popular seja formada a partir do confronto de opiniões¹⁴⁰.

Trata-se de um direito que engloba não apenas a liberdade de expressão em sentido estrito, como o direito individual de manifestação do pensamento, mas também a liberdade de informação, que, por sua vez, envolve o direito individual de comunicar fatos de forma objetiva e de receber informações verdadeiras, bem como a liberdade de imprensa, que abrange o direito-dever dos meios de comunicação de divulgar fatos e opiniões¹⁴¹.

A liberdade de informação é uma espécie da liberdade de expressão, e, por ser referente a fatos, deve ter compromisso com a verdade. A liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir a ideias, opiniões e pensamentos, não está condicionada à verdade¹⁴². A informação precede a opinião. Somente a partir do conhecimento amplo dos fatos que se pode formar e

¹³⁷ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.65.

¹³⁸ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.66.

¹³⁹ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 163.

¹⁴⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁴¹ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do STF*.

¹⁴² CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 12-14

expressar a opinião. Por isso o direito à informação é tão importante para o indivíduo e para a sociedade.

Para Jean François Revel, “o que deve ser pluralista é a opinião, não a informação. Segundo sua natureza, a informação pode ser falsa ou verdadeira, não pluralista”¹⁴³. Esse direito é tão caro aos seres humanos, pois é através dele que o homem manifesta seu raciocínio, expressa sua razão¹⁴⁴, se desenvolve. Está relacionado com a própria autodeterminação do indivíduo e tem por finalidade a realização pessoal¹⁴⁵, preservando a dignidade do homem.

É da natureza do homem expor suas ideias, opiniões, pensamentos sensações e sentimentos e tentar convencer os demais da importância e veracidade deles. Não podendo, para isso, sofrer quaisquer sanções ao emití-los. Esse comportamento é dotado de grande importância e extremo poder numa sociedade, pois reflete no sistema político adotado e nos valores incorporados.

Exercendo a liberdade de expressão o indivíduo passa a ter participação política no Estado através de uma livre discussão de ideias. Sem comunicação livre, não há sociedade livre, muito menos soberania popular (democracia)¹⁴⁶. Assim, Tomás de Domingo¹⁴⁷ reconhece três funções da liberdade de expressão: formação da opinião pública, instrumento para o exercício dos demais direitos e controle dos poderes públicos.

Diante dessa multiplicidade de funções e da importância delas numa sociedade contemporânea é que se justifica a presença desse direito na maioria das constituições atuais, desenvolvendo papel de destaque, como direito fundamental¹⁴⁸.

¹⁴³ REVEL, Jean François. *El conocimiento inútil*. Barcelona: Planeta, 1989. *apud* CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 15

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

¹⁴⁵ TAVARES, André Campos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 556.

¹⁴⁶ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.74-75.

¹⁴⁷ DOMINGO, Tomás de. *Conflictos entre derechos fundamentales? Um análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. (Coleção Cuadernos y Debates, n. 116) p. 48 *apud* MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 75.

¹⁴⁸ CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 2.

Por ser um direito fundamental e, por isso, ter efeito irradiador, o direito à liberdade de expressão vincula o legislador, a jurisprudência e, também, as relações privadas. No entanto, aos particulares não cumpre a função positiva, ou seja, não são obrigados a promover ou facilitar a liberdade de expressão, cabendo-lhes apenas a função negativa, de não violar ou criar obstáculos para o seu exercício¹⁴⁹.

A proteção a esse direito envolve uma dimensão positiva e negativa. No aspecto positivo¹⁵⁰ a liberdade de expressão exige que o Estado atue propiciando as condições necessárias para o devido exercício desse direito, fomentando o debate público plural, principalmente investindo na educação pública¹⁵¹. Em seu aspecto negativo, a proteção à liberdade de expressão se dá por uma obrigação de não fazer do Estado, não censurar ou restringir obras literárias, peças teatrais ou qualquer manifestação cultural e popular¹⁵².

Revela-se também um aspecto social da liberdade de expressão, pois através dela é possível criar um espaço público racional de ideias, uma esfera livre de debates e opiniões que auxilia na formação de uma opinião pública independente e pluralista, tão importante para um regime democrático, pois reflete diretamente no posicionamento político de um indivíduo¹⁵³.

Com a garantia ao direito à livre manifestação do pensamento o indivíduo pode discutir política, questionar atos estatais sem se preocupar com nenhum tipo de represália do Estado, que, analisando essas críticas, pode rever seus atos sem ter que se utilizar da força ou recorrer a golpes; conferindo mais legitimidade a esse Estado.

Assegurar a liberdade de expressão garante a pluralidade de opiniões em um mesmo contexto, possibilitando e favorecendo diálogos e trocas entre os mais diversos grupos, dando voz, inclusive, às minorias, quase sempre silenciadas ou esquecidas. Com essas trocas, torna-

¹⁴⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 89.

¹⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. vol. 1, p. 234.

¹⁵¹ FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

¹⁵² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 351 apud MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.74.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.165 apud MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 77.

se possível a alteração da sociedade de forma natural e pacífica, podendo a minoria de hoje se tornar a maioria de amanhã¹⁵⁴.

É responsabilidade do Estado garantir a liberdade de expressão de forma plural e participativa, visando a consolidação da democracia, com isso, assegura-se tanto a liberdade quanto a dignidade da pessoa humana e a isonomia.¹⁵⁵

Ao mesmo tempo que esse direito fundamental limita a atuação do Estado, ela também exige a sua atuação. Deixando o Estado em dilema complexo e delicado, tentando manter o equilíbrio entre essas duas demandas, ao passo que se intervir demais, pode se tornar um Estado totalitário e controlador, ou, ao se omitir demais, pode permitir a exclusão do discurso público de grupos sociais desfavorecidos econômica ou politicamente¹⁵⁶.

Dessa feita, em muitos momentos se faz necessária a intervenção do Estado para que os discursos de grupos minoritários sejam ouvidos, contribuindo para um debate plural, em prol da democracia¹⁵⁷.

Ao exercício da liberdade de expressão é vedado o anonimato, pois ele não permite uma eventual defesa do prejudicado. Com isso, visa-se assegurar o direito de defesa, que poderá ensinar, por exemplo, a indenização por dano moral ou à imagem¹⁵⁸. Assim, busca-se responsabilizar o autor das ofensas de modo a evitar que violações à honra e à imagem das pessoas ocorram de forma inconsequente¹⁵⁹.

Ao exercer essa faculdade de expor suas opiniões, ideias e pensamentos, o indivíduo pode vir a causar danos a outrem e, por isso, é assegurado na Constituição o direito de resposta proporcional ao agravo, bem como a indenização por dano moral, material ou à imagem¹⁶⁰.

¹⁵⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 79.

¹⁵⁵ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 82 apud MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 79.

¹⁵⁶ FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e Prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 4.

¹⁵⁷ FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e Prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.10.

¹⁵⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

¹⁵⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 84.

¹⁶⁰ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 85.

Para garantir a proteção à liberdade de expressão é necessária a vedação à censura, pois ela é a própria negação ao direito à liberdade de expressão¹⁶¹, danosa às sociedades democráticas e sempre foi utilizada pelo Estado como meio de repressão ideológica ou política¹⁶².

Celso Ribeiro Bastos entende por censura como todo procedimento pelo qual os Poderes Públicos visam a impedir a circulação de certas ideias¹⁶³. Ainda que encontre fundamento em certos valores, a censura é sempre utilizada como instrumento de manipulação (política ou ideológica) de um grupo sobre outro (geralmente do dominante sobre os demais). E ela pode ser prévia ou a *posteriori*. Quando prévia¹⁶⁴, impede que uma determinada obra, peça, exposição ou manifestação popular aconteça. Já a *posteriori*¹⁶⁵ é quando se retira de circulação uma obra, um filme de cartaz ou se cancela a apresentação de algum espetáculo.

Atinge entidades públicas e privadas, portanto se dirige não só ao Estado, mas também a toda e qualquer entidade capaz de proibir a livre manifestação do pensamento, como, por exemplo, igrejas, partidos políticos ou associações¹⁶⁶.

Permite a livre circulação de opiniões contrárias, bem como críticas severas ao Estado, protegendo o poder de autodeterminação da sociedade política de forma democrática, o que funciona como forte instrumento de controle do governo. Fomenta o pluralismo de ideias e a participação democrática da sociedade, bem como a livre formação da vontade popular¹⁶⁷.

Como uma das manifestações do direito à liberdade de expressão, a liberdade religiosa e de culto está prevista no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 5º da Constituição, no qual versa: “Art. 5º. (...) VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado

¹⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. vol. 1, p. 235 *apud* MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 79.

¹⁶² MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.80.

¹⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

¹⁶⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.80.

¹⁶⁵ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 677.

¹⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. vol. 1, p. 235 *apud* MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 81

¹⁶⁷ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 82

o livre exercício dos cultos religiosos e garantido, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

A religião é uma criação dos seres humanos e uma de suas primeiras manifestações da moralidade de uma sociedade, por isso, é indissociável da vida humana social¹⁶⁸. Ao mesmo tempo, possui importante dimensão cultural, pois tem a capacidade de criar e moldar comportamentos humanos, criando tradições na sociedade.

A liberdade de crença está abrangida pela liberdade de expressão e envolve o direito de acreditar em algo ou de não acreditar em nada e, da mesma forma, de manifestar a sua crença ou descrença¹⁶⁹. Garante a escolha da religião que mais se coaduna com seus valores sem que o Estado imponha qualquer restrição, bem como o direito de não ter religião. Assegura o convívio pacífico entre religiões e credos, sem que ninguém sofra qualquer tipo de perseguição em virtude da sua escolha religiosa.

Garante também a liberdade de culto, direito do indivíduo de exercer e praticar sua crença, em lugar destinado a esse fim. Bem como a liberdade de ensino religioso. E, bem como os demais direitos fundamentais, não é absoluto¹⁷⁰.

A opção religiosa é tão incorporada ao âmago do ser humano, que desrespeitá-la significa desrespeitar a própria dignidade humana¹⁷¹.

2.2.2. LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como os demais direitos fundamentais, a liberdade de expressão não é um direito absoluto¹⁷², e, apesar de ainda haver muita discussão sobre quando e quanto deve se impor limites a esse direito, é necessário limitá-lo para que não haja violação a outros direitos igualmente importantes¹⁷³. Se exercido de forma exorbitante pode resultar em abuso desse

¹⁶⁸ DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. *Direitos humanos e liberdade religiosa: os domínios recalcitrantes do direito internacional: as tensões entre as diversidades religiosas e o processo de internacionalização dos direitos humanos*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2014. p. 36-37

¹⁶⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 47

¹⁷⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁷¹ SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 120.

¹⁷² KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do STF*.

¹⁷³ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 208.

direito, podendo ofender outro direito fundamental, o que irá gerar consequente responsabilização civil e penal do autor do ilícito¹⁷⁴.

Uns defendem que a liberdade de expressão deve proteger a difusão de toda e qualquer ideia, inclusive daquelas com as quais não se concorda ou que provoca repulsa, desprezo, como o racismo. Para eles, o livre debate dá fim às ideias ruins, não havendo necessidade de censura. Já outros levantam o argumento de que as manifestações intolerantes não devem ser admitidas, pois violam princípios como o da igualdade e da dignidade humana daqueles que são afetados por esse discurso¹⁷⁵.

Stuart Mill, filósofo inglês do século XIX e grande defensor da liberdade de expressão, acredita que o cerceamento da liberdade de expressão dificulta o conhecimento da verdade dos fatos pela sociedade, por isso, defende um “livre mercado de ideias”¹⁷⁶ (*marketplace of ideas*), no qual qualquer ideologia pode ser publicamente sustentada, divulgada e debatida livremente, (desde que não se trate de palavras de luta – *Fighting words*) de modo que as decisões tomadas pelos cidadãos poderão ser mais acertadas¹⁷⁷. O argumento de busca da verdade caracteriza uma ideologia liberal-utilitária, que se preocupa com os benefícios que a liberdade de expressão pode trazer para a sociedade¹⁷⁸.

Dworkin, em contrapartida, segue corrente liberal-radical que vê a liberdade de expressão como princípio e não como utilidade. Não cabendo ao Estado, portanto, decidir o que é verdade ou não, sob pena de se vulnerar a própria ideia de direitos fundamentais. Nessa linha, então, entende que a liberdade de expressão deve ser garantida, mesmo em relação a discursos extremistas, como forma especial de assegurar a neutralidade do Estado¹⁷⁹.

¹⁷⁴ CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 93.

¹⁷⁵ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006.

¹⁷⁶ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica) p. 90.

¹⁷⁷ MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁷⁸ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica) p. 91-92.

¹⁷⁹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica) p. 92-93.

Nesse trabalho o enfoque é analisar os limites à liberdade de expressão diante de manifestações ódio, desprezo ou intolerância contra grupos específicos, desencadeadas por preconceitos referentes à religião, classe social, gênero, orientação sexual, algum tipo de deficiência, etnia, dentre demais fatores, denominadas discurso do ódio (*hate speech*). Dessa feita, não há negar-se a vital importância da liberdade de expressão para a democracia e a auto realização do indivíduo, portanto, quando se trata de limitar esse direito é necessária cautela redobrada. De modo a evitar que esse direito fundamental seja refém de doutrinas majoritárias e de concepções sobre politicamente correto vigentes em cada momento histórico¹⁸⁰.

2.3. DISCURSO DO ÓDIO

O discurso do ódio consiste no exercício da liberdade de expressão¹⁸¹ para insultar, intimidar ou assediar pessoas ou grupo de pessoas (na maioria das vezes, as minorias), instigando o ódio, a violência ou a discriminação contra tais pessoas, em virtude de sua raça, cor, credo, origem, orientação sexual, etc.

Winfried Brugger define discurso do ódio como “palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”¹⁸².

Esse tipo de discurso viola o indivíduo exatamente naquilo que o identifica como pertencente a um determinado grupo da sociedade. Dessa forma, ele só não seria ofendido se não mais fizesse parte desse grupo, tendo que renunciar, por exemplo, de sua opção sexual, sua crença religiosa, suas opções políticas, ou seja, daquilo que o caracteriza como indivíduo. Ou seja, teria que abrir mão da sua personalidade, da sua própria identidade. Não se confundindo com um insulto à pessoa, mas ao grupo ao qual ela pertence¹⁸³.

¹⁸⁰ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 209.

¹⁸¹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica) p.17.

¹⁸² BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso de ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público*. 15/117. Trad. Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano 4, jan.-mar. 2007. *apud* MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 97.

¹⁸³ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 102.

Apesar de estar apenas no plano das ideias, é capaz de resultar em ações, o que é um dos problemas desse tipo de discurso. Traz consigo também a dificuldade de identificação, pois muitas vezes a incitação ao ódio, os insultos ou discriminação ocorrem de maneira velada, implícita, mas nem por isso deixa de ferir o direito daqueles que são atingidos. Pode ser considerado como apologia ao ódio, por explicitar o desprezo e a discriminação a determinados grupos da sociedade. Por isso, é tido como desrespeitoso à dignidade da pessoa humana¹⁸⁴.

Nesse sentido, faz-se necessário analisar o discurso do ódio como um enfrentamento entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, ambos direitos fundamentais igualmente protegidos pela Constituição e essenciais à manutenção de um regime democrático¹⁸⁵.

Representa, portanto, um grande desafio para o Estado e para a sociedade, pois ainda não se tem bem definido em que medida deve-se permitir a liberdade de expressão sem que se gere um estado de intolerância ou que se produza danos irreparáveis à dignidade da pessoa humana e à igualdade. Lembrando sempre que em um Estado democrático é necessário favorecer a tolerância, bem como incentivar o pluralismo¹⁸⁶.

O pluralismo, por sua vez, pressupõe a participação de todos os cidadãos na vida política, bem como nas decisões do Estado, impondo o dever de respeito às minorias, e de promover suas manifestações, visando atenuar as desigualdades existentes¹⁸⁷.

Outra questão é que não existe, *a priori*, uma verdade incontestável, que não seja passível de discussão ao longo do tempo. Portanto, nenhuma ideia, por mais absurda que possa ser, deveria justificar a limitação da liberdade de expressão dela, pois poderá ser provada verdadeira, no todo ou em parte, posteriormente¹⁸⁸. Verdade alguma deve ser considerada absoluta, todos devem ter o direito de contradizer, questionar e contra argumentar todos os temas em debate. Mesmo que no debate público nem sempre prevaleça a verdade, o resultado

¹⁸⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 98-99.

¹⁸⁵ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 126.

¹⁸⁶ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 99-100.

¹⁸⁷ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 226.

¹⁸⁸ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 100.

da discussão será a solução ou opinião mais adequada àquela sociedade¹⁸⁹. Sendo, para isso, imprescindível o livre debate.

Samantha Meyer-Pflug¹⁹⁰ levanta ainda o questionamento de que ao ser intolerante com o discurso de ódio não se estaria provocando mais intolerância, gerando mais ódio e discriminação em relação àquele grupo. E cita Michel Rosenfeld¹⁹¹ que acredita que intolerância gera mais intolerância. No entanto, em contrapartida, Daniel Sarmiento¹⁹² afirma que não há provas de que isso realmente aconteça.

O discurso do ódio inviabiliza, por sua vez, a existência de um debate racional e plural. Por se tratar de uma manifestação de ódio, que muitas vezes se utiliza de palavras agressivas, pode causar duas reações às vítimas: responder com a mesma violência/agressividade ou retirar-se do debate por medo ou por se sentir humilhada. Nenhum dos dois cenários estimula ou é propício para um debate com respeito mútuo¹⁹³.

Uma democracia pressupõe um espaço público seguro em que sejam debatidos com franqueza e liberdade temas de interesse de todos seus cidadãos. Através do qual é possível ter acesso às informações e ideias sobre o tema em debate e, com elas, os cidadãos serem capazes de formar suas próprias opiniões e assim participarem no autogoverno de sua comunidade política. É dessa maneira que se estabelece uma opinião pública livre, consistente, apta a viabilizar o controle social sobre os atos do governo, de modo que seus governantes se tornem responsáveis e responsivos diante da população¹⁹⁴.

Porém, se de um lado ela exige a liberdade de expressão, por outro, ela pressupõe que também haja igualdade quando estabelece o mesmo peso ao voto de cada cidadão. E essa igualdade não é possível de ser alcançada num cenário em que haja discurso do ódio, uma vez que ele prega e propaga a inferioridade de alguns, legitimando a discriminação.

¹⁸⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 242.

¹⁹⁰ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 102.

¹⁹¹ ROSENFELD, Michel. Extremist speech and the paradox of tolerance. *Harvard Law Review* 100/1457, 1987. *apud* MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 102.

¹⁹² SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 249.

¹⁹³ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 236-237.

¹⁹⁴ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 237.

É pressuposto democrático a convivência pacífica das mais diversas opiniões e correntes políticas e sociais, prevalecendo a vontade da maioria, sem, no entanto, excluir o direito de manifestação das minorias, sob o risco de incorrer em uma “tirania da maioria”. Dessa feita, numa democracia deve-se manter um equilíbrio entre as vontades dos mais variados grupos, assegurando às minorias tratamento justo, evitando qualquer abuso dos grupos dominantes¹⁹⁵.

A difusão de ideias de inferioridade de grupos historicamente vitimizados pelo preconceito reforça estereótipos negativos, muitas vezes até irracionalmente, levando muitos indivíduos a desvalorizarem inconscientemente as opiniões desses grupos, deixando de considera-las na formação de suas opiniões¹⁹⁶. Logo, pode-se dizer que a democracia só se realiza em um espaço público em que haja inclusão dos grupos tradicionalmente excluídos no debate público, permitindo a eles também se autogovernarem.

Por isso, banir ideias antidemocráticas, como é o discurso do ódio, do espaço público, não viola os preceitos da democracia, mas a protege e a fortalece. A liberdade de expressão não pode ser garantida para ideias antidemocráticas, pois se elas ocuparem os espaços de poder, podem por fim à liberdade de expressão e à democracia¹⁹⁷.

Na contramão desse entendimento, Robert Post defende que proibir a expressão de ideias racistas, xenófobas, homofóbicas, retira seus defensores do espaço público, o que também, para ele, compromete a integridade da democracia, pois fere o princípio da igualdade¹⁹⁸.

Quanto à proteção da autonomia e do livre desenvolvimento da vontade, Sarmiento¹⁹⁹ levanta a necessidade de um Estado não paternalista, que permita o livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, tornando possível o acesso às mais diversas informações e pontos de vista de cada tema. Lembra que, se por um lado o discurso do ódio exerce um efeito silenciador sobre a expressão daqueles que atinge, silenciá-lo prejudica os seus autores e,

¹⁹⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. P. 159 *apud* MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 222.

¹⁹⁶ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 239.

¹⁹⁷ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 238.

¹⁹⁸ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 239-240.

¹⁹⁹ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 242.

também, o público em geral, pois restringe as opiniões e pontos de vista que eles teriam acesso para formar suas personalidades.

No que se refere à tolerância, é certo que ela é essencial para um convívio respeitoso em uma sociedade plural. O que ainda resta dúvidas é a questão dos seus limites. Até que ponto é possível tolerar o intolerante? Karl Popper²⁰⁰ responde com o famoso “paradoxo da tolerância”, que defende que para a sobrevivência da tolerância, é necessário que o Estado coíba e puna os intolerantes, pois se os intolerantes tivessem a oportunidade, dariam fim à tolerância. Já John Rawls²⁰¹ entende que a liberdade do intolerante só deve ser restringida se ela chegar a ameaçar a segurança das próprias instituições garantidoras da sociedade. Bobbio²⁰², por sua vez, acredita que intolerância não é resposta adequada ao intolerante. Defende uma liberdade expansiva, que só é capaz de se renovar se estiver em perigo.

Sarmiento defende que diante de violações e ameaças a direitos humanos, a resposta do Estado deve ser a não tolerância. Seu papel deve ser o de buscar evitar lesões aos direitos humanos e, quando não seja possível, o de responsabilizar os culpados por essas lesões e amparar as vítimas²⁰³.

A liberdade expressão foi um dos instrumentos utilizados pelas minorias para galgar espaço na sociedade, e criar uma exceção à aplicação desse direito poderia ser um precedente perigoso para esses próprios grupos, uma vez que essa exceção, via de regra, seria aplicada por agentes públicos contaminados pelo preconceito, tendentes à imparcialidade contra a minoria²⁰⁴.

Sarmiento²⁰⁵ conclui que a proibição do discurso do ódio não resolve sozinha os problemas de injustiça estrutural e de falta de reconhecimento social das minorias. Entende que

²⁰⁰ POPPER, Karl. *The open Society and its enemies*. 5. Ed. Princeton: Princeton University Press, 1966. P. 266 apud SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 244.

²⁰¹ RAWLS, John. *A Theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, pp. 216-20. apud SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 244.

²⁰² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Campus, 1990. p. 214 apud SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 244.

²⁰³ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 246.

²⁰⁴ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 248.

²⁰⁵ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 248-249.

para isso é preciso investir em ações públicas enérgicas que visem a redução das desigualdades e, simultaneamente, estimular a cultura da tolerância e da valorização da diversidade através da educação e de campanhas públicas. O que não impede que, aliado a isso, haja também a proibição do discurso do ódio. O autor entende que ao não coibir manifestações de ódio, o Estado está emitindo a mensagem de que concorda com essas manifestações. E ao coibi-la, emite firme posição em favor da igualdade e do respeito aos direitos dos grupos mais vulneráveis da sociedade.

Raoul Vaneigem²⁰⁶ também entende que a proibição do discurso de ódio, por si só, não impede a sua existência, pois não resolve as causas daquele discurso, apenas veda a sua exteriorização buscando evitar danos aos que seriam atingidos por ele. Defende que se conheça as razões e o conteúdo do discurso do ódio para poder combatê-lo de forma eficiente.

Se trata, portanto, de um tema que perpassa o Direito e a Política e, por isso, as vivências históricas e ideologias políticas de um país irão influenciar diretamente na leitura jurisprudencial sobre a legitimidade ou não desse tipo de discurso.

No plano internacional, diversos tratados internacionais de direitos humanos que defendem a liberdade de expressão, proíbem e coíbem o discurso do ódio, posicionam-se explicitamente contra a proteção abusiva deste direito, voltado ao ataque de minorias estigmatizadas²⁰⁷.

Nos Estados Unidos tem havido ampla expansão à proteção conferida à liberdade de expressão, de tal modo que causa o enfraquecimento na garantia de direitos que se contrapõem a ela, como a privacidade, honra e, também, a igualdade²⁰⁸. O que resulta numa visível superioridade desse direito diante dos demais. Lá o discurso do ódio encontra-se protegido pela liberdade de expressão desde que não configure crime contra à honra ou que se utilize de palavras provocadoras (*fighting words* – definidas pela jurisprudência caso a caso). A solução que o sistema americano tem dado para o combate ao discurso de ódio tem sido proporcionar

²⁰⁶ VANEIGEM, Raoul. *Nada é sagrado, tudo pode ser dito: reflexões sobre a liberdade de expressão*. São Paulo: Parábola Breve, 2004. p. 30-31 *apud* MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 230-231.

²⁰⁷ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 230.

²⁰⁸ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 211.

mais liberdade de expressão à parte atingida de modo que, através do debate livre e aberto, possa se evitar manifestações dessa natureza²⁰⁹.

Já na Alemanha, como também em boa parte da Europa, o direito à liberdade de expressão tem sua destacada importância, porém sem se sobrepor aos demais, trazendo seus limites no próprio texto constitucional. Lá, o valor máximo da ordem jurídica é a dignidade da pessoa humana²¹⁰. Ao contrário do sistema americano, é proibido o discurso do ódio, bem como a teoria revisionista, por se entender que se trata mais de uma conduta do que de um discurso²¹¹. Quando se trata de analisar o discurso do ódio contra os valores da democracia militante ou a integridade da comunidade, as decisões tem admitido restrições à liberdade de expressão²¹².

No Brasil, a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana são direitos fundamentais, previstos e protegidos pela Constituição, sendo vedada a prática de racismo, porém ainda não existe lei específica que proíba o discurso do ódio²¹³. A tradição pátria é no sentido de privilegiar a liberdade, a democracia, o pluralismo e a dignidade da pessoa humana. O Supremo Tribunal Federal vem enfrentando diversos casos de conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana e alguns deles foram selecionados para análise no capítulo a seguir.

²⁰⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 148.

²¹⁰ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. p. 224-225.

²¹¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 150.

²¹² CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica) p.129.

²¹³ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 219-220.

3. O DISCURSO DO ÓDIO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Como foi demonstrado no presente trabalho, o Estado de Direitos Fundamentais surgiu como novo modelo de organização política e jurídica, como forma de, organicamente, buscar a preservação dos direitos fundamentais, com ênfase clara no princípio da dignidade da pessoa humana.

Percebe-se que a jurisprudência dos tribunais superiores, em casos complexos, volta-se para a proteção ao princípio da liberdade de expressão e de opinião, mas nos casos concretos, cada vez mais, verifica-se que o limite deste se dá no momento em que é ultrapassado o princípio da dignidade da pessoa humana, pois é dele a sua derivação, não devendo haver uma sobreposição.

Desse modo, como melhor forma de se compreender e de se aprofundar dentro desse tema, escolheu-se alguns casos paradigmas, já julgados ou aguardando julgamento no STF, por tratarem de colisão de direitos fundamentais, envolvendo, principalmente, a liberdade de expressão.

3.1. O CASO ELLWANGER (HC 82.424/RS)

O julgamento do *habeas corpus* nº 82.424/RS no Supremo Tribunal Federal ficou conhecido como “Caso Ellwanger” e se trata da mais relevante decisão sobre os limites do direito fundamental à liberdade de expressão garantido na Constituição de 1988.

Em 1991, o escritor gaúcho Siegfried Ellwanger foi denunciado por crime de discriminação contra o povo judeu, segundo o art. 20, da Lei nº 7.716, de 1989, após ter escrito, editado, distribuído e vendido obras com conteúdo antissemita²¹⁴ e revisionista²¹⁵. Obteve sentença absolutória no juízo de primeiro grau, contudo, a sentença foi reformada, em 1996, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que o condenou a dois anos de reclusão com *sursis*. Impetrou *habeas corpus* no STJ alegando a prática de atos discriminatórios que, no

²¹⁴ “O anti-semitismo pode ser entendido como uma aversão cultural, étnica e social aos judeus. O termo foi utilizado pela primeira vez pelo escritor anti-semita Wilhelm Marr, em 1873, surgindo como uma forma de eufemizar a palavra alemã ‘Judenhass’, que significava ‘ódio aos judeus’” Disponível em: <https://izidorotaynara.jusbrasil.com.br/artigos/170411083/o-caso-ellwanger>.

²¹⁵ “No caso específico do Holocausto, a escola revisionista, também chamada de negacionista, alega que não há provas de que ele realmente aconteceu, ou ainda que não aconteceu nas proporções que se costuma divulgar. De acordo com os revisionistas, dentre os quais Ellwanger, os fatos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, foram narrados, após seu término, de forma favorável aos judeus e desfavorável aos vencidos, os alemães. O Holocausto, segundo a visão do autor, seria apenas um mito criado pelos próprios judeus.” Disponível em: <https://izidorotaynara.jusbrasil.com.br/artigos/170411083/o-caso-ellwanger>.

entanto, não poderiam ser definidos como racismo e, portanto, não caberia a incidência da imprescritibilidade constitucional. Entretanto, o *writ* foi indeferido, o que fez com que a tese chegasse até à Suprema Corte através do citado HC nº 82.424/RS.

Além do alcance do termo “racismo”, foi debatido o conflito de dois direitos fundamentais: a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. O STF manteve a condenação do Tribunal do Rio Grande do Sul por maioria de oito a três, decidindo que o “preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’” e que “escrever, editar, divulgar e comercializar livros ‘fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade’” instituídas pelo art. 5º da Constituição Federal.²¹⁶

Serão analisados os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal neste julgamento, com ênfase maior naqueles considerados mais relevantes para o presente estudo, pois adentraram no debate sobre os limites que podem ser imputados à garantia fundamental da liberdade de expressão.

Foi o relator do *habeas corpus*, o Ministro Moreira Alves, que deferiu o remédio constitucional, votando, ainda, pela extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição. Não chegou a discorrer sobre o tema da liberdade de expressão, e concentrou-se em considerar que os atos cometidos pelo impetrante não poderiam ser tipificados como racismo, pois o povo judeu não pode ser considerado uma raça. Para tanto, trouxe definições antropológicas do que consistiria em raça, bem como, afirmações de mais de um rabino. Utilizando-se do método histórico de interpretação, encontrou elementos que para S. Exa. demonstram que o termo “racismo” trazido pelo art. 5º da Constituição Federal se refere apenas a negros e seus descendentes. Dessa forma, as condutas praticadas pelo Sr. Ellwanger não estariam abrangidas pela imprescritibilidade definida pela Constituição para a prática do racismo.

A manifestação do Ministro Carlos Ayres Britto constitui uma exaltação à garantia da liberdade de expressão, que defende ser plena e o uso desta autonomia de forma abusiva será verificado *a posteriori* caso a caso. Decide pela atipicidade dos atos praticados pelo impetrante, que estão protegidos pela Constituição.

²¹⁶ STF, Ementa HC 82.424/RS.

O Ministro Marco Aurélio traçou seu voto pela defesa da importância dos direitos classificados com direitos de comunicação para a concretização do próprio princípio democrático. Como resta demonstrado pelo seguinte trecho:

“É fácil perceber a importância do direito à liberdade de expressão se analisarmos as dimensões e finalidades substantivas que o caracterizam. A principal delas, ressaltada pelos mais modernos constitucionalistas do mundo, é o valor instrumental, já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular. Em outras palavras, a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da comunidade política”.²¹⁷

A limitação à liberdade de expressão é um risco à democracia, segundo o eminente Ministro. Apesar de reconhecer que não se trata um direito absoluto, considera que por sua relevância, “a limitação estatal à liberdade de expressão deve ser entendida em caráter de máxima excepcionalidade e há de ocorrer apenas quando sustentada por claros indícios de que houve um grande abuso de exercício.”²¹⁸ Havendo colisão de direitos fundamentais, como no *habeas corpus* em questão, utiliza-se a prática da ponderação dos valores baseada nos elementos específicos do caso concreto. Tal método levou-o à conclusão de que a liberdade de expressão não pode ser limitada por expectativas abstratas e riscos subjetivos, uma vez que, no Brasil, inexistia histórico de atos atentatórios contra a comunidade judaica.

Fazendo uso de outro método de harmonização do conflito específico entre a dignidade do povo judeu e a garantia da livre manifestação do pensamento que é a aplicação do princípio da proporcionalidade, analisou se a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul obedeceria aos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou “lei da ponderação”, o que levou o Ministro a uma resposta negativa: a condenação do Sr. Ellwanger não foi o meio mais adequado, necessário e razoável.

Fez uma densa incursão no direito comparado, especialmente no alemão e no norte-americano, para demonstrar que a liberdade de opinião deve ser protegida, tolerando-se as mais diferentes expressões do pensamento. Afirma que o Supremo Tribunal pretende transformar o julgamento em uma “Jurisprudência Simbólica”, condenando a doutrina nazista e suas práticas em detrimento do que está realmente sendo discutido no remédio constitucional interposto. Para o Ministro Marco Aurélio, portanto, a imprescritibilidade do crime de racismo prevista na

²¹⁷ STF, HC 82.424/RS. Voto Marco Aurélio p. 873.

²¹⁸ STF, HC 82.424/RS. Voto Marco Aurélio p. 888.

Constituição deve ser interpretada de forma restritiva e excepcional, e, de acordo com o sistema constitucional, refere-se somente à discriminação contra negros e seus descendentes.

Dessa forma, conclui pelo respeito à liberdade de manifestação do indivíduo, pela “inexistência da prática de racismo e pela incidência da prescrição punitiva, tal como o fizeram os ministros Moreira Alves e Carlos Britto.”²¹⁹

A divergência foi aberta pelo voto do Ministro Maurício Corrêa, que demonstra de forma clara e incisiva que a divisão dos seres humanos em raças não possui qualquer amparo genético ou biológico e “decorre apenas de um processo político-social originado da intolerância dos homens”²²⁰. Utiliza-se de vasta fundamentação para demonstrar que o antissemitismo é uma forma de racismo e que o combate ao racismo dá efetividade aos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. A adesão do Brasil a diversos tratados internacionais como a Convenção Internacional Contra o Genocídio demonstra que “perante o Direito Internacional Público considera-se crime a propagação de doutrinas fundadas em discriminações e baseadas na superioridade ou ódio raciais”. Depois de citar o direito comparado, faz uma breve análise sobre a possível violação ao direito fundamental da liberdade de expressão e pensamento, *in verbis*:

“76. Malgrado não seja fundamento do *writ*, penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5º, inciso IV e IX; artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte).

77. Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, artigo 220, *caput*, *in fine*). A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão assegura o ‘direito à incitação ao racismo’, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra.

78. E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada “concordância prática”, a que se refere a doutrina”.

Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a

²¹⁹ STF, HC 82.424/RS. Voto do Marco Aurélio. P. 924.

²²⁰ STF, HC 82.424/RS. Voto Maurício Correa.

publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco”.

O Ministro Nelson Jobim acompanha o voto do colega Maurício Corrêa. Faz uma análise histórica do judaísmo e concentra seu voto na defesa da imprescritibilidade dos atos praticados pelo impetrante do *habeas corpus* discriminatórios contra o povo judeu, que são inegavelmente racismo. A Ministra Ellen Gracie segue a mesma linha e denega o *writ*.

A exaltação do valor simbólico do julgamento é ponto central do voto do eminente Ministro Celso de Mello, que concorda com a decisão proferida tanto pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quanto pelo Superior Tribunal de Justiça. Entende que os atos discriminatórios contra judeus constituem racismo e ferem o princípio da dignidade da pessoa humana que considera “valor fundante do Estado e da ordem que lhe dá suporte”. Utiliza a Declaração Universal dos Direitos Humanos como baliza e não entende haver colisão de direitos fundamentais pois:

“publicações [...] que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e , sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal. [...] Presente esse contexto, cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público”.²²¹

O Ministro Carlos Velloso faz voto em concordância com o Ministro Celso de Mello e considera a prática do antissemitismo como uma das formas mais danosas de racismo e que a liberdade de expressão, apesar de direito fundamental, não é um direito absoluto e jamais poderia se sobrepor à dignidade da pessoa humana.

Na mesma linha dos dois ministros anteriores, manifesta-se o Ministro Cezar Pelluso. Valendo-se do método teleológico, demonstra que os atos praticados pelo Sr. Ellwanger vão de encontro aos valores tutelados pela ordem constitucional.

O voto de maior relevância para o presente trabalho foi apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes, que inicia sua análise pelo conceito de racismo, demonstrando que no passado

²²¹ STF, HC 82.424/RS. Voto Celso de Mello. p. 631.

a definição de raça era pautada por questões pseudocientíficas, o que não mais acontece. Para tanto, utiliza-se dos postulados de Bobbio sobre o racismo e conclui pelo caráter inevitavelmente racista do antissemitismo. Em suas palavras:

“Todos esses elementos me levam à convicção de que o racismo, enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir do referencial ‘raça’. Cuida-se aqui de um conceito pseudo-científico notoriamente superado. Não estão superadas, porém, as manifestações racistas aqui entendidas como aquelas manifestações discriminatórias assentes em referências de índole racial (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade, etc.)”.²²²

O Ministro Gilmar Mendes entende que o ordenamento jurídico pátrio fundamentado pela Lei Maior prega o combate ao racismo em todas as suas formas de manifestação. Apesar de reconhecer que existe, no caso em análise, uma tensão clara entre dois princípios fundamentais que são responsáveis pelo nascimento e sustentação da própria democracia, que são o princípio da igualdade e o princípio da liberdade de expressão. Trazendo, para tanto, trechos de estudo sobre discurso de ódio do autor Kevin Boyle, “Por que o ‘discurso de ódio’ é um tema problemático?”:

“A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática - a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para a democracia. Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática. Mas, igualmente, o elemento central da democracia é a igualdade política. *‘Every one counts as one and no more than one’*, como disse Jeremy Bentham. Igualdade política é, conseqüentemente, também necessária, se uma sociedade pretende ser democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à imprensa”.²²³

Desse modo, o Ministro Gilmar Mendes inicia trecho magistral de seu voto, que trata da necessária aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade como “limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental”, defende que

²²² STF, HC 82.424/RS. Voto Gilmar p. 648.

²²³ STF, HC 82.424/RS. Voto Gilmar p. 650.

qualquer medida concreta que afete direitos fundamentais deve estar compatível com o citado princípio, descrevendo como se dá a metodologia que mede tal compatibilidade:

“Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. [...] há de perquerir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos o ato impugnado configura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio ou o grau de realização do princípio contraposto)”.

Após estudo minucioso do remédio constitucional interposto sob a luz das máximas parciais do princípio da proporcionalidade, restou demonstrado que a liberdade de expressão não possui caráter absoluto e não pode ser utilizada para proteger atos discriminatórios que tem por intenção a execração de um povo. O Ministro Gilmar Mendes indefere o *habeas corpus* por entender que a condenação não viola a proporcionalidade e que, por mais relevante que a liberdade de expressão seja para o estado democrático de direito, ela “não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência”.

Na mesma linha dos dois ministros anteriores, manifesta-se o Ministro Cezar Pelluso. Valendo-se do método teleológico, demonstra que os atos praticados pelo Sr. Ellwanger vão de encontro aos valores tutelados pela ordem constitucional.

Apesar de nem todos os Ministros tratarem sobre o conflito presente no caso em questão entre os princípios da liberdade de expressão e da não-discriminação, a maioria da composição do Supremo Tribunal Federal concordou que o conceito de racismo é um conceito histórico, sociológico e cultural em que está incluído o antissemitismo, bem como que nenhum direito fundamental trazido pela Constituição é absoluto, nem mesmo o direito à livre manifestação de pensamento, que é indiscutivelmente um dos responsáveis pela concretização do estado democrático de direito.

Portanto, os atos praticados pelo Sr. Ellwanger não merecem a dignidade da proteção constitucional. Entendendo a Corte Suprema que a discriminação e a incitação ao ódio contra o povo judeu são um abuso à liberdade de expressão, que deve ser neutralizado e reprimido.

3.2. RHC 134.682/BA e RHC 146.303/RJ:

A intolerância religiosa conforma prática que deve ser desconstruída, no plano jurídico, evitando a concreção de padrão religioso violador da individualidade de cidadãos fora do alcance da religião dita superior. Em tempos de discursos odiosos e antidialógicos, se faz urgente o reconhecimento de que o tecido social brasileiro não é hegemônico, nem poderá ser, submetendo-se a padrões religiosos e, simultaneamente, padrões valorativos que se impõem violentamente. Nesse sentido, a própria noção de hegemonia torna-se indicadora da existência de segmentos minimizados, desprezados e violentados. A percepção de grupos minoritários é base de uma cultura hegemônica²²⁴, que se “[...] expressa na forma da violência contra o diferente, assumindo ora um gesto de recusa radical, [...] ora assume caráter educativo, apostando que uma punição ao diferente o fará se submeter aos valores impostos [...]”²²⁵.

O combate a essa violência, no contexto religioso, chegou ao STF, que, demandado, teve de dar respostas à luz da Constituição. Será feita a análise, especificamente, dos Recursos ordinários em *Habeas Corpus* nº 134.682/BA e nº 146.303/RJ, de 2016 e 2018, respectivamente, que descortinam o posicionamento da Corte em tal matéria, e buscam estabelecer distinções entre a intolerância religiosa e o regular exercício do direito de liberdade religiosa.

No RHC nº 134.682/BA, o recorrente pleiteia o trancamento de ação penal, relutando contra acórdão do STJ autorizador de prosseguimento da investigação, e o faz partindo dos seguintes argumentos: a) inépcia da inicial, em razão de uma fundamentação insuficiente; b) prescrição; e, c) atipicidade da conduta praticada, que não seria nada mais que um apostolado.

O relator, Ministro Edson Fachin, explica quão delicada é a questão posta em julgamento. Trata-se de sacerdote da Igreja Católica Apostólica Romana, autor de uma obra sobre cura e libertação espiritual, já na 85ª edição. Para o Ministério Público, o livro em comento fere, em algumas partes de seu conteúdo, os indivíduos que praticam o espiritismo, o que, em tese, configura racismo religioso, fazendo-se necessária a investigação.

²²⁴ DUSSEL, Enrique. 1942 – *O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

²²⁵ NASCIMENTO, Wanderson Flor do. O fenômeno do racismo religioso: desafios para os povos tradicionais de matrizes africanas. *Revista Eixo*, Brasília/DF. vol. 6. n. 2. p. 51-56. novembro de 2017. p. 52.

De início, o ministro relator observa que não é possível decidir pelo acolhimento ou não, do recurso, sem adentrar no mérito da demanda – a tipicidade da conduta de racismo religioso. Sobre as “preliminares” de inépcia e prescrição, decide:

“Compreendo que a denúncia descreve a hipótese acusatória, obviamente a modo em que o órgão acusatório assim depreendeu. Não vi ali cerceamento de defesa, nem inépcia a reconhecer. Quanto à prescrição, a tipificação – pode-se discutir, e discutir-se-á, em seguida, no mérito -, em tese, do art. 20 da específica citada configura, portanto, uma estrutura única e não me parece apresentar aqui causa de extinção de punibilidade que permitiria, aprioristicamente, acolher essa preliminar prejudicial. Portanto, no meu voto estou afastando todas essas duas circunstâncias [...]”.²²⁶

É extremamente relevante, do ponto de vista jurídico, o reconhecimento da não sujeição do racismo religioso às regras de prescrição. Assim o é, pois, o entendimento do relator, que caminha no sentido de que o termo “racismo”, do modo como disposto na Constituição de 1988, não se refere tão somente às práticas ofensivas em razão da raça (confirmando entendimento do Caso Ellwanger). Há uma interpretação, ampla, para que o racismo não se limite, mas alcance uma gama de situações que potencialmente ferem a existência e dignidade dos indivíduos, inclusive a marginalização e discriminação resultantes da profissão de fé.

Ora, se liberdade religiosa e liberdade de expressão constituem direitos fundamentais dos brasileiros, antes a dignidade humana os limita. Não há que se falar em direitos absolutos. Robert Alexy²²⁷ ensina que os direitos fundamentais ostentam uma dimensão protetiva, merecendo proteção estatal, e a previsão constitucional do racismo, imprescritível, tende a equilibrar os conflitos entre direitos, determinando as limitações e espaços de cada um.

No mesmo rumo, a Lei nº 7.716/1989, no seu art. 20, fixa conduta única: “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Assim, o Ministro Edson Fachin afirma que [...] o legislador selecionou o aspecto religioso como característica político-social, em tese, apta a perfectibilizar a hipótese incriminadora [...]”²²⁸.

²²⁶ STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134.682/BA- Bahia. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 29/11/2016, DJe-191 DIVULG 28-08-2017 PUBLIC 29-08-2017. p. 08.

²²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Malheiros: São Paulo, 2008.

²²⁸ STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134.682/BA- Bahia. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 29/11/2016, DJe-191 DIVULG 28-08-2017 PUBLIC 29-08-2017. p. 10.

Alinha-se com as disposições da Declaração de Princípios sobre Tolerância da UNESCO²²⁹, que no art. 1º (1.1, 1.2, 1.3 e 1.4) disciplina a tolerância como o respeito, a reciprocidade, o sustentáculo dos direitos humanos, da pluralidade e da democracia. No art. 2º, reconhece o papel do Estado na atuação para a justa e efetiva proteção das diferenças.

Na matéria, propriamente dita, o voto do relator busca delimitar o alcance da liberdade de crença, prevista na Constituição Federal. Pontua que, todas as religiões “possuem caráter universalista”²³⁰, assim, buscam capturar e converter fiéis na maior medida possível.

Dessa forma, o proselitismo ou apostolado, ensino para a conversão e manutenção da fé, é núcleo essencial da liberdade religiosa, não podendo o Estado apartar das religiões o “direito de converter”. “O proselitismo, portanto, ainda que acarrete incomodas comparações religiosas, não materializa, por si só, o espaço normativo dedicado à incriminação de condutas preconceituosas”²³¹.

O recorrente, na sua obra, explica que o demônio faz uso de práticas espíritas, do candomblé, da umbanda e de outras mais, instrumentalizando pais e mães de santo, tornando-se isca para os cristãos. Entretanto, pontua:

“Não estou falando contra as pessoas espíritas, contra as pessoas que frequentam umbanda, candomblé, mas estou falando aos cristãos que são inocentes úteis: sem saber dos fatos, vão e fazem tudo isso, só para conseguir o que desejam e como desejam”²³².

Para o relator, em que pese a prepotência e inconveniência das declarações, o proselitismo não poderá ser findado. No mais, explica que as declarações não buscaram suprimir ou retirar a dignidade dos espíritas, inclusive destacando o discurso para os cristãos, seus alvos. Não havendo supressão ou retirada de dignidade do diferente, não há que se falar na discriminação como núcleo do tipo penal²³³.

²²⁹ UNESCO, Declaração Mundial de princípios sobre Tolerância. Paris, 16 de novembro de 1995. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/paz/dec95.htm>

²³⁰ STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134.682/BA- Bahia. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 29/11/2016, DJe-191 DIVULG 28-08-2017 PUBLIC 29-08-2017. p. 15.

²³¹ STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134.682/BA- Bahia. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 29/11/2016, DJe-191 DIVULG 28-08-2017 PUBLIC 29-08-2017. p. 17.

²³² STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134.682/BA- Bahia. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 29/11/2016, DJe-191 DIVULG 28-08-2017 PUBLIC 29-08-2017. p. 23.

²³³ STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134.682/BA- Bahia. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 29/11/2016, DJe-191 DIVULG 28-08-2017 PUBLIC 29-08-2017. p. 25, ss.

A Primeira Turma do STF, por maioria, acompanhou os argumentos do relator, reconhecendo que não houve prática de discriminação religiosa, determinando o trancamento da ação penal, que estava sobrestada, ficando vencido o Ministro Luiz Fux.

No RHC nº 146.303/RJ, o Supremo realiza um julgamento no sentido de definir a violação dos limites das liberdades religiosa e de expressão, em favor da proteção da dignidade do diferente e, também, para garantir a pluralidade do tecido social.

O recorrente, pastor de uma igreja pentecostal, fora condenado em primeira instância, nos termos do art. 20, da Lei 7.716/1989. Impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, sob a alegação de violação do princípio da congruência. Mesmo a jurisprudência do STF e STJ permitindo o não conhecimento, o instrumento jurídico foi alvo de análise, por conta das alegações expostas na inicial, mas ao final, restou o *habeas corpus* não conhecido.

Ao STF, alegou, mais uma vez, que o princípio da congruência teria sido violado, uma vez que as condutas praticadas pelo recorrente não estariam no espectro do art. 20, da Lei nº 7.717/89; que não poderia encontrar tipicidade formal; que as religiões cristãs fazem uso do discurso da salvação e do inferno, “de modo que ‘o exercício regular do direito de religião compreende o direito de criticar religiões’”²³⁴; e que:

“[...] a condenação ideológica de outras crenças é mesmo inerente à prática religiosa, bem como que, ainda que fosse desejável que esta se desse em termos respeitosos e com urbanidade, trata-se de exercício de garantia constitucionalmente assegura”²³⁵.

Isso demonstra que, diretamente, o recorrente reconheceu que algumas vezes é admissível adoção de discurso mais enérgico e voraz com relação a outras religiões, dispensando a convivência pacífica e tolerante entre os iguais de um mesmo tecido social, o que indica, de outra forma, a ideia de hegemonia, materializada na violência “das críticas”.

O relator, Ministro Edson Fachin, adotou postura idêntica a expressada no RHC nº 134.682/BA. Reconheceu o caráter universalista das religiões e, posteriormente, determinou que criticar outras religiões faz parte da liberdade religiosa, constituindo também repercussão do princípio da liberdade de expressão.

²³⁴ STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303/RJ – Rio de Janeiro. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, DJe-159 DIVULG 06-08-2018 PUBLIC 07-08-2018. p. 5.

²³⁵ STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303/RJ – Rio de Janeiro. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, DJe-159 DIVULG 06-08-2018 PUBLIC 07-08-2018. p. 5.

Para o relator, “a liberdade de expressão funciona como condição de tutela efetiva da liberdade religiosa, assegurando-se, em tal medida, a explicitação de compreensões religiosas do indivíduo e atuações conforme a crença”²³⁶, ainda que algumas dessas atuações não sejam tão pacíficas, contrariando a Declaração de Princípios sobre Tolerância da UNESCO.

Reforçou a noção do proselitismo como instrumento primordial das religiões, e sua vedação não guarda abrigo na Constituição de 1988, vez que se alcançaria o núcleo essencial da liberdade de expressão, de modo particular nas expressões de caráter religioso. “Importante consignar que o proselitismo religioso, em diversas oportunidades, é implementado à luz de um contraste entre as mais diversas religiões”²³⁷. Ao final, o relator deu provimento parcial ao recurso, prejudicando a ação penal.

Em contraposição ao relator, iniciando uma nova perspectiva sobre a conduta do recorrente, o ministro Dias Toffoli argumentou na orientação de reconhecer a gravidade dos fatos transparecidos na sentença. Para Toffoli, “o Judiciário é o meio de pacificação social. E, historicamente, no Brasil, temos orgulho de nos dizer um país de tolerância religiosa. Isso faz parte da essência da construção de nosso Estado Democrático de Direito”²³⁸.

A Constituição consagrou, de maneira clara, a liberdade de crença, o que reverbera em vários espaços. Ao passo em que é livre professar determinada religião e autodeterminar-se por ela, não seria razoável cessar com a liberdade de manifestação religiosa de uns para satisfazer ou proteger o discurso religioso de outros.

Nesse bojo, Toffoli esclarece que “o direito à liberdade religiosa é, portanto, em grande medida, o direito à multiplicidade de crenças/descrenças religiosas, que se vinculam e se harmonizam [...]”²³⁹. Não há que se falar, pois, em guerra ou hierarquia entre religiões no Brasil.

²³⁶ STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303/RJ – Rio de Janeiro. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, DJe-159 DIVULG 06-08-2018 PUBLIC 07-08-2018. p. 12.

²³⁷ STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303/RJ – Rio de Janeiro. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, DJe-159 DIVULG 06-08-2018 PUBLIC 07-08-2018. p. 15.

²³⁸ STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303/RJ – Rio de Janeiro. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, DJe-159 DIVULG 06-08-2018 PUBLIC 07-08-2018. p. 28.

²³⁹ STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303/RJ – Rio de Janeiro. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, DJe-159 DIVULG 06-08-2018 PUBLIC 07-08-2018. p. 34.

Posto isso, Toffoli assevera:

“Nesse passo, há, em meu entender, que se fazer distinção entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerece-la (ou a seus seguidores). Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito”.²⁴⁰

A partir destas ideias e fazendo referência aos autos, contata-se uma “série de fatos publicados em vídeos, na internet, de maneira permanente, com palavras de incitação ao ódio, alimento base da intolerância religiosa”²⁴¹. De acordo com parecer ministerial, o recorrente, ao falar do Islamismo, “diz, por fim, tratar-se de pilantragem e hipocrisia, e que é uma religião assassina”²⁴², além de outras falas controversas, como o pedido de fim das Igrejas Assembleia de Deus e a prática de intolerância contra judeus²⁴³, que ao contrário do sustentado pelo relator – caso de proselitismo –, configuram a violação do aspecto negativo da liberdade de crença: a tolerância.

Não é possível perceber nas condutas do recorrente o proselitismo. Veja, se numa dimensão positiva, o proselitismo é pregar os dogmas de uma religião, ensinar, converter ou apostolar, ainda que levantando críticas a outras religiões, os resultados explícitos das ações praticadas, relatadas nos autos, estão na direção oposta: subtrair a dignidade de outras religiões, sobretudo, de outros cidadãos.

Nesse contexto, Aline Trindade e Marcio Hamel²⁴⁴ observam:

“Na atualidade, sobretudo no Brasil, as sociedades democráticas têm de conviver com diferentes religiões, filosofias e ideologias. Assim, uma sociedade pluralista como esta não necessita de um consenso

²⁴⁰ STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303/RJ – Rio de Janeiro. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, DJe-159 DIVULG 06-08-2018 PUBLIC 07-08-2018. p. 34.

²⁴¹ STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303/RJ – Rio de Janeiro. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, DJe-159 DIVULG 06-08-2018 PUBLIC 07-08-2018. p. 35.

²⁴² STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303/RJ – Rio de Janeiro. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, DJe-159 DIVULG 06-08-2018 PUBLIC 07-08-2018. p. 35.

²⁴³ STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303/RJ – Rio de Janeiro. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, DJe-159 DIVULG 06-08-2018 PUBLIC 07-08-2018.

²⁴⁴ TRINDADE, Aline.; HAMEL, Marcio. Os limites da liberdade de crença no Brasil: uma análise mediante a concepção de justiça como equidade e de liberdade igual de John Rawls. Revista Direitos Humanos e Democracia, Unijuí, ano 5, n. 9, jan./jun., p. 154-171, 2017. p. 168.

totalizante, mas, antes de tudo, conforme concebido por John Rawls, de uma cooperação equitativa”.

A conduta do recorrente ultrapassou, de fato, os limites da liberdade de crença, do direito à religião e da liberdade de expressão, não condizendo com a estruturação democrática, em desacordo com os ensinamentos de Trindade e Hamel²⁴⁵, impossibilitando a conformação de uma cooperação equitativa e tolerável entre as religiões, assim, a ordem jurídica deve penalizar esse tipo de comportamento.

Por maioria de votos, a Segunda Turma do STF, decidiu negar provimento ao recurso, impedindo prejuízo para a ação penal, seguindo o entendimento expresso pelo Ministro Dias Toffoli, rejeitada a tese de proselitismo, do relator Edson Fachin.

3.3. APs 1007 e 1008:

Como visto, os direitos fundamentais devem se complementar, de forma a preservar não somente a maioria dominante, mas também a minoria desamparada, de modo que a igualdade se firme pela validade da diferença. No entanto, esse sistema artificial gera colisões entre os direitos fundamentais, que acarretam em debates sobre os limites de cada um, abastecidos principalmente quando há elementos de discurso de ódio, posto que, em tais casos, não há um reconhecimento mútuo do outro como igual²⁴⁶.

Após análise de importantes precedentes julgados pelo STF, os *Habeas Corpus* nº 82.424/RS (“Caso Ellwanger”), nº 134.682 BA e nº 146.303 RJ, outros dois casos conexos que agora tramitam na Suprema Corte brasileira merecem ser examinados, quais sejam, as Ações Penais (APs) 1007 e 1008, pois também envolvem a colisão dos direitos fundamentais da liberdade de expressão e o da dignidade da pessoa humana.

Ambas as ações penais foram abertas contra o, à época, deputado federal Jair Messias Bolsonaro (PSC-RJ). Atualmente encontram-se suspensas, sem ter havido ainda nenhuma decisão de mérito, em virtude do que prevê o art. 86, § 4º, da Constituição Federal, que atribui imunidade formal temporária ao Presidente da República, no curso de seu mandato, para o processamento dos feitos de natureza criminal contra ele instaurados por fatos anteriores à

²⁴⁵ TRINDADE, Aline.; HAMEL, Marcio. Os limites da liberdade de crença no Brasil: uma análise mediante a concepção de justiça como equidade e de liberdade igual de John Rawls. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Unijuí, ano 5, n. 9, jan./jun., p. 154-171, 2017.

²⁴⁶ TOLLINI, Priscilla Tardelli. *Análise crítica sobre a questão da liberdade de expressão e a sua relação com o discurso de ódio no Caso Ellwanger (HC n. 82.424/RS)*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 07 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52661&seo=1>>. Acesso em: 07/04/2019.

assunção ao cargo, somado ao disposto no art. 53, § 5º, que permite a suspensão do prazo prescricional contra parlamentar quando suspenso o andamento da ação²⁴⁷.

A AP 1007 trata de queixa-crime (Petição 5243) apresentada pela deputada federal Maria do Rosário (PT-RS), enquanto a AP 1008 surgiu a partir de denúncia (Inquérito 3932) oferecida pelo Ministério Público Federal pela prática, em tese, dos crimes de injúria e de incitação ao crime de estupro, respectivamente.

Os fatos que justificaram a abertura dos processos se deram em dezembro de 2014, quando o Sr. Jair Bolsonaro, em discurso no Plenário da Câmara dos Deputados, teria afirmado que a deputada “não merecia ser estuprada”, o que fora reafirmado no dia seguinte, em entrevista ao jornal Zero Hora, em que se completou com a afirmação de que Maria do Rosário “é muito feia, não faz meu gênero, jamais a estupraria”²⁴⁸.

Para o presente trabalho, não se entrará no mérito da discussão a respeito da imunidade parlamentar, aduzida no art. 53 da Constituição Federal. O relator, ministro Luiz Fux, no momento de abertura das ações penais, entendeu que as declarações não teriam relação com o exercício do mandato, além de terem sido amplamente divulgadas por veículo de imprensa, não havendo, portanto, a incidência da imunidade²⁴⁹.

Importa destacar a qualidade das duas partes envolvidas no caso concreto, dois representantes do povo brasileiro, o que contribui para a repercussão dentro da sociedade multicultural aqui existente, em se tratando de pessoas que são tidas como ditadores de exemplos, uma vez que escolhidas para ser exemplo e voz da população dentro daquela Casa Legislativa.

Ora, a partir do momento em que o deputado federal utiliza do vocábulo “merece” para referir-se à prática de algo tão abominável como o estupro, cria-se a figura de uma espécie de prêmio às mulheres que, por algum tipo de qualidade, seja física, moral ou intelectual, teriam este merecimento.

Desse modo, segundo o eminente relator, pode-se inferir das palavras do então deputado Jair Bolsonaro, “que uma mulher não merece ser estuprada quando é feia ou não faz o gênero

²⁴⁷ BRASIL, Constituição, 1988.

²⁴⁸ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319431>. Acesso em 07/04/2019.

²⁴⁹ STF, Inq 3932, Rel. do Acórdão Min. Luiz Fux, DJE 23/03/2017.

do estuprador”, e, ainda, “que o homem estaria em posição de avaliar qual mulher poderia e mereceria ser estuprada”²⁵⁰.

Retoma-se a questão do discurso de ódio antes mencionado. Como já esclarecido, o mesmo normalmente se dá quando, na maioria das vezes, uma privilegiada maioria, por assim se considerar, acaba por desafiar a existência de uma minoria, que, muitas vezes, não é de ordem numérica, mas tão somente na fragilidade que historicamente esta suposta maioria sempre buscou impor. É o caso da figura feminina.

Na fala do deputado é facilmente detectado o menosprezo à dignidade da mulher, na pessoa da deputada Maria do Rosário. O preconceito direcionado à mulher, com o objetivo da humilhação, caracterizou a situação como um caso de discurso do ódio. Segundo o Ministro Fux, “ao menos em tese, a manifestação teve o potencial de incitar outros homens a expor as mulheres à fragilidade, à violência física e psicológica, à ridicularização, inclusive à prática de crimes contra a honra da vítima e das mulheres em geral”²⁵¹.

Numa sociedade como a brasileira, em que a cada instante ocorrem os mais diversos tipos de violência às mulheres, não seria absurdo de se imaginar que os efeitos dos discursos que buscam denegrir a imagem feminina e banalizar o estupro sejam capazes de, efetivamente, provocar algum tipo de incentivo à sua prática. O deputado Jair Bolsonaro, na condição de parlamentar, “não pode desconhecer os tipos penais de lei, oriunda da Casa Legislativa onde ele próprio exerce seu múnus público”²⁵².

Como bem defendeu o Min. Celso de Mello em seu voto no julgamento do “Caso Ellwanger”, a liberdade de expressão, embora seja protegida constitucionalmente, não permite incitação ao ódio público, pois ocorreria grave agressão ao princípio da dignidade da pessoa humana, elemento fundamental da República.

“Refiro-me ao princípio indisponível da dignidade da pessoa humana, que, mais do que elemento fundamental da República (CF, art. 1º, III), representa o reconhecimento de que reside, na pessoa humana, o valor fundante do Estado e da ordem que lhe dá suporte constitucional”²⁵³.

Cumprе destacar, ainda, que Jair Bolsonaro também foi processado civilmente pelos mesmos fatos que deram origem às Ações Penais 1007 e 1008, tendo sido condenado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território – TJDF e, posteriormente, pelo STJ, no

²⁵⁰ STF, Inq 3932, Rel. do Acórdão Min. Luiz Fux, DJE 23/03/2017.

²⁵¹ STF, Inq 3932, Rel. do Acórdão Min. Luiz Fux, DJE 23/03/2017.

²⁵² STF, Inq 3932, Rel. do Acórdão Min. Luiz Fux, DJE 23/03/2017.

²⁵³ STF, HC 82.424/RS. Voto Ministro Celso de Mello, p. 14.

REsp 1642310/DF, a pagar indenização no valor de 10 mil reais à deputada Maria do Rosário, além de se retratar publicamente.

Embora não seja objeto de estudo do presente trabalho, restou de extrema relevância a interpretação oferecida pela Ministra Nancy Andrighi, relatora do caso quando julgado pelo STJ, de “que a inviolabilidade parlamentar deve ser limitada em razão da colisão com outros princípios igualmente assegurados pela constituição”²⁵⁴.

Dessa forma, demonstrou-se que a imunidade parlamentar, resguardada constitucionalmente, encontra seus limites nos demais princípios constitucionais, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Percebe-se, pela análise desses casos, a importância envolvida entre os limites da liberdade de expressão para o atual contexto constitucional brasileiro. A colisão dos direitos fundamentais aqui discutidos resulta na própria ideia de Estado de Direitos Fundamentais aqui debatida, sob a exegese da sistemática constitucionalista. A própria democracia, finalidade desse sistema, se reafirma.

No entanto, resta demonstrado que o discurso de ódio, muitas vezes permitido sob o manto do direito fundamental à liberdade de expressão, acaba por romper as barreiras constitucionais da dignidade da pessoa humana, causando, como no caso ora sob análise, o crime de injúria.

Dessa forma, lembrando que nenhum direito fundamental é absoluto e, mesmo considerando a imensa importância da liberdade de expressão para a manutenção e sobrevivência de uma democracia, entendo que no caso em comento Jair Bolsonaro extrapolou o limite do exercício do seu direito à liberdade de expressão, agredindo não somente a dignidade da deputada Maria do Rosário, como também de todas as mulheres, devendo ser exemplarmente punido pela Casa protetora da nossa Constituição no momento de seu julgamento.

²⁵⁴ STJ, REsp 1642310/DF, Rel. do Acórdão Min. Nancy Andrighi.

CONCLUSÃO

O Estado de Direitos Fundamentais traz como fundamentos a supremacia da Constituição, a interdependência das funções de poder e o caráter objetivo dos direitos fundamentais. Com os quais busca fazer valer os princípios democráticos, bem como a primazia da dignidade da pessoa humana.

O direito à liberdade de expressão, portanto, é direito fundamental de extrema importância para a manutenção dos pressupostos de um Estado de Direitos Fundamentais, devendo ser amplamente protegida por ele, pois é somente com a livre manifestação de ideias e opiniões, em um espaço democrático pluralista que esse direito será efetivamente exercido.

No entanto, o que tem acontecido com cada vez mais frequência é o uso do direito à liberdade de expressão para a incitação ao ódio a diversos grupos da sociedade, em sua grande parte, das minorias, gerando discriminação e preconceito a esses segmentos, o que tem sido chamado de discurso do ódio.

Dessa forma, pode-se dizer que o discurso do ódio é uma forma de exercício do direito à liberdade de expressão. Todavia, por incitar o ódio e a discriminação de determinados grupos, se questiona se ele não seria a extrapolação do exercício a esse direito fundamental.

Muito tem se discutido na doutrina pátria e internacional a necessidade ou não de se restringir esse tipo de discurso. No Brasil, entretanto, ainda não se tem um entendimento consolidado nem na doutrina, nem na sua jurisprudência, de quando nem como ou quanto se deve restringir (ou não) o discurso de ódio, o que foi demonstrado pela análise dos julgados trazidos no presente trabalho.

Samantha Meyer-Pflug defende um exercício do direito à liberdade de expressão de forma mais ampla. Acredita que uma democracia pressupõe a convivência pacífica das mais diversas opiniões e correntes políticas e sociais, de modo que prevaleça a vontade da maioria, mas sem deixar de assegurar igual direito de manifestação das minorias, fazendo parte do papel do Estado estimular o livre debate e proporcionar um espaço propício para a livre expressão do pensamento das minorias.

Em contrapartida, Daniel Sarmento afirma que o discurso do ódio impossibilita a existência de um debate racional e plural, além de promover o silenciamento das minorias ou estimular uma resposta violenta delas. Para ele, o discurso do ódio deixa as diferenças sociais ainda mais evidentes, uma vez que ele prega a inferioridade de alguns grupos em relação a outros, legitimando a discriminação. Por isso, acredita que o discurso do ódio consiste em ideias

antidemocráticas e que, para proteger e fortalecer a democracia, deve-se banir esse tipo de discurso.

Pela análise feita da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que se pode afirmar é que, mesmo em diversos casos a Corte Suprema se espelhar em jurisprudência internacional, trazendo entendimentos americanos, alemães, dentre outros, quanto à restrição ao discurso do ódio não se tem seguido nenhum dos sistemas externos, sendo analisado caso a caso, no âmbito do ordenamento jurídico nacional e, muitas vezes, se utilizando do princípio da proporcionalidade para se analisar a colisão dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão.

E, mesmo que o Caso Ellwanger²⁵⁵ tenha sido o primeiro a se analisar sobre o assunto, se entendendo pela restrição à liberdade de expressão, a Corte em diversas outras vezes entendeu pela não restrição a esse direito, não sendo, portanto, entendido por ela que sempre que houver em análise caso de discurso de ódio, se decidirá pela restrição ao direito à liberdade de expressão. Esse caminho trilhado pelo Supremo Tribunal Federal vem nos mostrar que ele tem exercido seu papel de garantidor da Constituição, bem como demonstrando sua fundamental importância na manutenção do Estado de Direitos Fundamentais.

Quanto aos RHC 134.682/BA²⁵⁶ e RHC 146.303/RJ²⁵⁷, que tratavam do exercício do direito à liberdade de religiosa, ambos casos de temáticas semelhantes, porém sendo julgados por Turmas diferentes do Supremo Tribunal Federal, chegaram a diferentes entendimentos. O primeiro, julgado pela Primeira Turma, entendeu pelo mero exercício da liberdade religiosa, defendendo o direito à liberdade de expressão. Já o segundo, julgado pela Segunda Turma, teve o entendimento de que o direito à liberdade religiosa e à liberdade de expressão havia sido extrapolado.

Por isso foi, que ao analisar as APs 1007 e 1008²⁵⁸ defendeu-se a responsabilização de Jair Bolsonaro pelo discurso de ódio proferido a Maria do Rosário por entender que ele desrespeitou sua dignidade humana e sua existência como mulher, ofendendo não só a ela como toda classe feminina. Dessa forma, ele extrapolou seu direito à liberdade de expressão na medida em que estimulou não apenas a discriminação de gênero como incitou a prática de crime de estupro contra a mulher, bem como ofendeu a sua moral.

²⁵⁵ STF, HC 82.424/RS.

²⁵⁶ STF, RHC 134.682/BA

²⁵⁷ STF, RHC 146.303/RJ

²⁵⁸ STF, AP 1007 E AP 1008.

O ordenamento jurídico brasileiro não permite nenhum tipo de censura, *nem a priori nem a posteriori*, todavia, por se tratar de um direito fundamental, o direito à liberdade de expressão não deve ser absoluto. Tanto que não o é. Na própria Constituição Federal já foi prevista restrição a esse direito.

No exercício à liberdade de expressão é vedado o anonimato (art. 5º, XV, CF), restrição criada com o intuito de responsabilizar aqueles que no exercício do seu direito de se manifestar venha a ofender alguém. Assegurando também a Carta Magna, em seu “Art. 5º, V, CF, o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Ora, se a própria Constituição prevê não apenas restrição à liberdade de expressão, bem como a responsabilização daquele que proferiu a ofensa e, ainda, a possibilidade de indenização por dano material ou moral à imagem em decorrência de tal ofensa, está mais do que claro que o direito à liberdade de expressão não deve ser protegido livre e indiscriminadamente, deve haver limites. Não resta dúvidas também que o discurso do ódio, ao estimular a discriminação e inferiorização de determinados grupos em relação a outros, está ofendendo a moral e à imagem desses grupos, portanto, o autor da ofensa deve ser responsabilizado.

Sendo assim, não restando dúvidas que a ofensa dirigida por Jair Bolsonaro à Maria do Rosário consistiu em discurso do ódio e que feriu a dignidade da pessoa humana da ofendida, defendi que o Supremo Tribunal Federal, quando for analisar a questão de mérito das APs 1007 e 1008, entenda pela responsabilização do autor da ofensa.

De acordo com o estudo da doutrina pátria e com a análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, observa-se que ainda não há um entendimento consolidado para todos os casos sobre a questão, o que demonstra a complexidade do assunto.

Na doutrina há quem defenda o amplo e quase irrestrito exercício da liberdade de expressão como forma de fortalecimento do livre debate e da democracia, e há quem defenda a restrição ao direito à liberdade de expressão quando se tratar de discurso do ódio como forma de respeito aos direitos das minorias, bem como dos princípios democráticos.

Na jurisprudência não há uma preconcepção formulada para todos os casos, tendo que ser analisado caso a caso. Algumas vezes os Ministros se utilizaram da teoria da ponderação para chegar à sua conclusão na colisão dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à dignidade da pessoa humana, mas não é sempre que se lança mão desse método, conseguindo

também se chegar à decisão mais correta e justa a cada caso mesmo se utilizando de outros métodos.

Mostra-se, portanto, no presente trabalho, o caráter não absoluto do direito fundamental à liberdade de expressão, apesar de sua grande importância para a manutenção da democracia. Faz-se necessário, com isso, a sua restrição quando o exercício desse direito extrapola o direito do outro, muitas vezes ferindo a sua honra, sua dignidade. Tem-se que o discurso do ódio, portanto, quando caracterizado, representa a extrapolação do exercício do direito à liberdade de expressão, devendo ser restringido para garantir o direito fundamental à dignidade humana daqueles que foram ofendidos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução/Organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a.M: Suhrkamp, 1978, (existe trad. Cast. De M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990)

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Juris. Mineira. Belo Horizonte. A. 60. Nº 188, p. 29-60. jan./mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*.

BARCELLOS, Ana Paula de. BARROSO, Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação Constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Campus, 1990.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BRASIL. Lei Federal 7.716/89, alterada pela Lei Federal 9.445/97

BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira, in *Revista de Direito Público*, ano XIV, julho/dez 1981.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. – 7. ed. 8. reimp.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos democráticos. Vol. 7. Ed. 1. Gradiva publicações, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. vol. 1, p. 234.

CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1993.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica)

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. *Direitos humanos e liberdade religiosa: os domínios recalcitrantes do direito internacional: as tensões entre as diversidades religiosas e o processo de internacionalização dos direitos humanos*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2014.

DUSSEL, Enrique. 1942 – O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e Prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estado Democrático de Direito como Estado de Direitos Fundamentais com Múltiplas Dimensões*.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1997. Reimpressão, 2002.

HABERLE, Peter. *La Constitución como cultura*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 6, ano 2002, Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales.

HESSE, Konrad. *Força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do STF*.

LIMA, André Canuto de F.; A teoria dos princípios de Robert Alexy. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31472/a-teoria-dos-principios-de-robert-alexey>

MAIA, Luciana Andrade; *Direitos fundamentais: Colisões e conformações*. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6559/Direitos-fundamentais-Colisoes-e-conformacoes>

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Teoria del derecho: Una concepcion de la experiencia jurídica*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. vol. 5. Número Especial, 2015.

RAWLS, John. *A Theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

RODRIGUES, Arthur Martins Ramos Rodrigues. *A colisão entre direitos fundamentais*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/arthur_martins_amos_rdriguez.pdf

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed, revista e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado constitucional brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. 1. ed. Curitiba, PR: CRV, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. *Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13621

STF, HC 82.424/RS.

STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134.682/BA- Bahia. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 29/11/2016, DJe-191 DIVULG 28-08-2017 PUBLIC 29-08-2017.

STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303/RJ – Rio de Janeiro. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, DJe-159 DIVULG 06-08-2018 PUBLIC 07-08-2018.

STJ, REsp 1642310/DF.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TAVARES, André Campos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEIXEIRA, José Horário Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TOLLINI, Priscilla Tardelli. Análise crítica sobre a questão da liberdade de expressão e a sua relação com o discurso de ódio no Caso Ellwanger (HC n. 82.424/RS). *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 07 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52661&seo=1>>. Acesso em: 07/04/2019.

TREVISAN, Leonardo S. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Teoria de Robert Alexy*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS, v. 10, n. 1, p. 139, 2015.

TRINDADE, Aline.; HAMEL, Marcio. *Os limites da liberdade de crença no Brasil: uma análise mediante a concepção de justiça como equidade e de liberdade igual de John Rawls*. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Unijuí, ano 5, n. 9, jan./jun., p. 154-171, 2017.

UNESCO, Declaração Mundial de princípios sobre Tolerância. Paris, 16 de novembro de 1995.

VANEIGEM, Raoul. *Nada é sagrado, tudo pode ser dito: reflexões sobre a liberdade de expressão*. São Paulo: Parábola Breve, 2004.

VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.